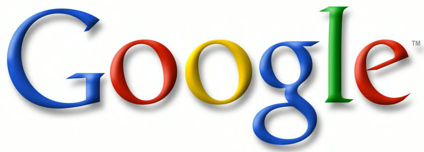
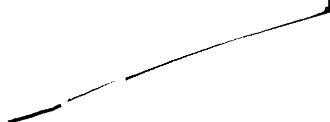








Proceedings of The Second Pan American Scientific Congress

WASHINGTON, U. S. A.

Monday, December 27, 1915
to Saturday, January 8, 1916

Compiled and edited under the direction of
Glen Levin Swiggett, Assistant Secretary General

SECTION VI

INTERNATIONAL LAW, PUBLIC LAW AND JURISPRUDENCE

JAMES BROWN SCOTT, SECRETARY OF THE CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE, CHAIRMAN



VOL. VII

WASHINGTON
GOVERNMENT PRINTING OFFICE
1917

CONTENTS.

Letters of Transmittal.

WASHINGTON, D. C., *May 31, 1917.*

SIR: Pursuant to the recommendation of the executive committee of the Second Pan American Scientific Congress, which was held in Washington December 27, 1915–January 8, 1916, and by the cooperation of the United States Congress (urgent deficiency bill, Sept. 8, 1916), the papers and discussions of that great international scientific gathering have been compiled and edited for publication under the able direction of the Assistant Secretary General, Dr. Glen Levin Swiggett. In this volume is contained the report of Section VI, of which Dr. James Brown Scott, of the executive committee, was chairman.

In my formal report, which has already been submitted, I enlarged upon the importance of the Second Pan American Scientific Congress, its large attendance, and the high quality of its papers and discussions. I will, therefore, in this letter, which, in slightly varied form, introduces each volume, make only a few general references.

All of the 21 Republics of the Western Hemisphere were represented by official delegates at the Congress. Unofficial delegates, moreover, from the leading scientific associations and educational institutions of these Republics presented papers and took part in its deliberations. The papers and discussions may be considered, therefore, as an expression of comprehensive Pan American scientific effort and possess, in consequence, inestimable value.

The Congress was divided into nine main sections, which, with their chairmen were as follows:

I. ANTHROPOLOGY. W. H. Holmes.
II. ASTRONOMY, METEOROLOGY, AND SEISMOLOGY. Robert S. Woodward.
III. CONSERVATION OF NATURAL RESOURCES, Agriculture, Irrigation, and Forestry. George M. Rommel.
IV. EDUCATION. P. P. Claxton.
V. ENGINEERING. W. H. Bixby.
VI. INTERNATIONAL LAW, PUBLIC LAW, AND JURISPRUDENCE. James Brown Scott.
VII. MINING, METALLURGY, ECONOMIC GEOLOGY, AND APPLIED CHEMISTRY. Hennen Jennings.
VIII. PUBLIC HEALTH AND MEDICAL SCIENCE. William C. Gorgas.
IX. TRANSPORTATION, COMMERCE, FINANCE, AND TAXATION. L. S. Rowe.

These sections, in turn, were further subdivided into 45 subsections.

Over 200 delegates were in attendance from the Latin American Republics, while over a thousand from the United States participated in its meetings. The discussions and proceedings of the Congress attracted world-wide attention, and it was undoubtedly the greatest international scientific meeting that has assembled anywhere in the history of the Western Hemisphere and possibly of the world. It was, therefore, a fitting successor to the first Pan American Scientific Congress, which assembled in Santiago, the capital of Chile, in 1908, and to its predecessors, confined to Latin American representation, which in former years met, respectively, in Rio de Janeiro, Montevideo, and Buenos Aires. Its success was a logical result of these preceding gatherings in Latin America and of the hearty cooperation of the Latin American Governments and scientists.

To those who may have their attention brought only to the individual volumes covering the papers and discussions and who wish to know more of the proceedings of the Congress and the results accomplished by it, it is recommended that they should

also read "The Final Act—An Interpretative Commentary Thereon," prepared under the direction of Dr. James Brown Scott, reporter general of the Congress, and the report of the secretary general, prepared by the latter and the assistant secretary general, Dr. Glen Levin Swiggett. In these will be found not only the final act and the illuminating comment thereon but lists of delegates, participating Governments, societies, educational institutions, and other organizations, together with a careful story and history of the Congress. They can be obtained by addressing the Director General of the Pan American Union, Washington, D. C.

In conclusion, I want to briefly repeat, as secretary general of the Congress, my appreciation, already expressed in my formal report, of the hearty cooperation in making the Congress a success given by everyone concerned from the President of the United States, yourself as Secretary of State, and the delegates of Latin America and the United States, down to the office employees. The great interest manifested by the permanent executive committee, headed by Mr. William Phillips, then Third Assistant Secretary of State, the Carnegie Endowment for International Peace through its secretary, Dr. James Brown Scott, and the executive aid of Dr. Glen Levin Swiggett, as assistant secretary general, were vitally instrumental in making the gathering memorable. The Pan American Union, the official international organization of all the American Republics, and whose governing board is made up of the Latin American diplomats in Washington and the Secretary of State of the United States, lent the favorable influence of that powerful organization to the success of the Congress and authorized me as the director general of the Union to also take up the duties of secretary general of the Congress.

Yours, very truly,

(Signed) JOHN BARRETT,
Secretary General.

The Honorable The SECRETARY OF STATE,
Washington, D. C.

WASHINGTON, D. C., *31 de maio de 1917.*

EXMO. SNR.: Em cumprimento de uma recommendação emanada da Commissão Executiva do Segundo Congresso Scientifico Pan Americano, que teve lugar em Washington, de 27 de dezembro de 1915 a 8 de janeiro de 1916, e, devido ao auxilio do Congresso dos Estados Unidos (Lei para Orçamentos extraordinarios de 8 de setembro, 1916) as memorias e as discussões dessa assemblêa scientifica internacional, foram colligidas e preparadas para publicação sob a proficiente direcção do Secretario Geral Adjuncto, Dr. Glen Levin Swiggett. Este volume comprehende o relatorio da secção VI que foi presidida pelo Snr. James Brown Scott, da Commissão Executiva.

No meu relatorio official, que já tive a honra de apresentar, me detive sobre a importancia do Segundo Congresso Scientifico Pan Americano, da sua grande concorrencia e da alta importancia das theses e das discussões. Na presente nota, portanto, de uma maneira muito ligeira, destinada a apresentar cada um dos volumes, eu farei apenas algumas referencias muito geraes.

Todas as Republicas do Hemispherio Occidental, vinte e uma em numero, se achavam representadas por delegados officiaes ao Congresso. Delegados sem nomeação dos Governos, mas representando as mais notaveis sociedades scientificas e instituições de ensino dessas republicas apresentaram theses e tomaram parte nas deliberações. As memorias e discussões devem ser consideradas portanto, como a expressão de um justificavel trabalho scientifico Pan Americano e possue, por esse motivo, um valor sem egual.

O Congresso foi dividido em nove secções principaes, que a seguir enuméro, com os nomes dos seus presidentes:

I. ANTHROPOLOGIA. W. H. Holmes.

II. ASTRONOMIA, METERREOLOGIA E SISMOLOGIA. Robert S. Woodward.

III. Conservação da Riqueza Nacional, Agricultura, Irrigação e Silvicultura. George M. Rommel.
IV. Instrucção. P. P. Claxton.
V. Engenharia. W. H. Bixby.
VI. Direito Internacional, Direito Publico e Jurisprudencia. James Brown Scott.
VII. Minas, Metallurgia, Geologia Practica e Chimica Industrial. Hennen Jennings.
VIII. Saude Publica e Sciencias Medicas. William C. Gorgas.
IX. Vias de Communicação, Commercio, Finanças e Impostos. L. S. Rowe.

Estas secções, por seu lado, eram subdivididas em 45 subsecções.

Mais de 200 delegados das Republicas da America Latina frequentaram as sessões emquanto os Estados Unidos se achavam representados por mais de mil pessoas. As discussões e os relatorios do Congresso attrahiram a attenção de todo o mundo e foi sem duvida a maior assemblea scientifica que se realizou no Hemispherio Occidental e talvez em todo o mundo. Foi sem duvida um idoneo continuador do Primeiro Congresso Scientifico Pan-Americano, que se celebrou em Santiago, capital da Republica Chilena em 1908 e das anteriores assembleas que previamente se tinham realizado, apenas com delegados da America Latina e que se reuniram em annos anteriores no Rio de Janeiro, Montevideu e Buenos Aires. O seu successo foi um resultado logico das reuniões previas na America Latina e do cordial concurso dos Governos da America latina e dos seus homens de sciencia.

A aquelles que não quizerem limitar-se a consultar os volumes que contém as memorias e as discussões e que desejarem conhecer alguma cousa mais dos trabalhos do Congresso e dos resultados por elle alcançado se lhes recommenda a leitura da Acta Final—a exposição geral concernente á mesma—publicada sob a direcção do Sr. Dr. James Brown Scott, Relator Geral do Congresso, e o relatorio do Secretario Geral, preparado pelo abaixo assignado e pelo Secretario Geral Adjuncto Sr. Dr. Glen Levin Swiggett. Nestes trabalhos encontrar-se-hão não sómente a acta final mas tambem um magnifico commentario, a lista dos delegados dos Governos que adheriram, sociedades, instituições de ensino e outras corporações, seguidas de uma cuidadosa historia do Congresso. Estes volumes continuam á disposição dos que os pedirem ao Director Geral da União Pan-Americana, Washington, D. C.

Em conclusão, eu desejo repetir, em duas palavras, como Secretario Geral do Congresso, o meu apreço e reconhecimento, que já tive occasião de exprimir no meu relatorio official, pela cordial cooperação que por todos me foi prestada para levar a bom exito este congresso, desde o Presidente dos Estados Unidos, V. Exa., como Secretario d'Estado, os Senhores Delegados da America Latina e dos Estados Unidos até os diversos funccionarios do Congresso. O grande interesse manifestado pela Commissão Permanente Executiva presidida pelo Sr. William Phillips, ao tempo terceiro Sub-secretario d'Estado, pelo Instituto de Carnegie para a Paz Internacional na pessoa do Sr. Dr. James Brown Scott, assim como a collaboração prestada pela Sr. Dr. Glen Levin Swiggett, como Secretario Geral Adjuncto, constituiram obras basilares para o successo desta reunião.

A União Pan-Americana, instituição internacional sustentada por todas as Republicas Americanas e cujo Conselho de Administração é constituido pelos representantes diplomaticos em Washington e pelo Secretario d'Estado dos Estados Unidos, contribuiu com a sua poderosa influencia para o bom exito do Congresso e me auctorizou a servir de Secretario Geral do Congresso.

Com a maior consideração, subscrevo-me

De V. Exa.,
Vor. Mto. Atto.,
(Ass.) John Barrett,
Secretario Geral.

Exmo. Snr. Secretario de Estado,
Washington, D. C.

WASHINGTON, D. C., *31 de mayo de 1917.*

SEÑOR:

En cumplimiento de una recomendación emanada de la Comisión Ejecutiva del Segundo Congreso Científico Panamericano que se reunió en Wáshington desde el 27 de diciembre de 1915 hasta el 8 de enero de 1916 y gracias a la cooperación al efecto prestada por el Congreso de los Estados Unidos mediante su ley sobre rectificación del presupuesto dictada el 8 de setiembre de 1916, hánse recopilado y preparado para su publicación, bajo la hábil dirección del Sr. Dr. Glen Levin Swiggett, Subsecretario General, las memorias presentadas a dicho Congreso y los debates a que dieron lugar. El presente volumen contiene el informe relativo a la Sección VI, de la cual fué presidente el Sr. James Brown Scott, miembro de la Comisión Ejecutiva.

En el informe general que ya tuve el honor de presentarle, me fué dable considerar detenidamemte la importancia del Segundo Congreso Científico Panamericano, la numerosa concurrencia que al mismo asistió y el elevado mérito de las memorias presentadas y de los debates que en aquel se suscitaron. Por consiguiente, he de limitarme en la presente, destinada a servirle de mera introducción a cada uno de los volúmenes, a algunas consideraciones de carácter general.

En el Congreso estuvieron representadas por medio de delegaciones oficiales las veinte y una repúblicas del Hemisferio Occidental. También asistieron al mismo, tomando participación en sus debates y presentando trabajos personales, delegados particulares de los principales cuerpos científicos y de los institutos docentes de esas mismas repúblicas. En tal virtud, las memorias y los debates mencionados deben ser considerados como la expresión de un amplio esfuerzo científico panamericano, encerrando, por lo tanto, un valor inestimable.

El Congreso estuvo dividido en nueve secciones principales que en seguida paso a enumerar junto con el nombre de sus presidentes. Fueron las siguientes:

I. ANTROPOLOGÍA. W. H. Holmes.

II. ASTRONOMÍA, METEOROLOGÍA Y SISMOGRAFÍA. Robert S. Woodward.

III. CONSERVACIÓN DE LAS FUENTES NATURALES DE RIQUEZA, AGRICULTURA, IRRIGACIÓN Y SELVICULTURA. George M. Rommel.

IV. INSTRUCCIÓN. P. P. Claxton.

V. INGENIERÍA. W. H. Bixby.

VI. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO PÚBLICO Y JURISPRUDENCIA. James Brown Scott.

VII. MINERÍA, METALURGIA, GEOLOGÍA ECONÓMICA Y QUÍMICA APLICADA. Hennen Jennings.

VIII. SALUBRIDAD PÚBLICA Y CIENCIA MÉDICA. William C. Gorgas.

IX. TRASPORTE, COMERCIO, FINANZAS E IMPUESTOS. L. S. Rowe.

Estas secciones estuvieron divididas, a su vez, en cuarenta y cinco subsecciones.

De las repúblicas latino-americanas asistieron más de doscientos delegados; en tanto que las sesiones del Congreso concurrieron más de mil personas de los Estados Unidos. Los trabajos y debates del cuerpo despertaron universal interés, pues indudablemente fué aquel la asamblea científica más grande que registra la historia del Hemisferio Occidental y probablemente la del mundo. Él fué, en consecuencia, digno continuador del Primer Congreso Científico Panamericano que en 1910 se reunió en la capital de Chile y de los que previamente y con una asistencia exclusivamente latino-americana se habían congregado en Río de Janeiro, Montevideo y Buenos Aires. Su éxito fué consecuencia lógica de las asambleas que anteriormente se habían reunido en la América latina y del cordial concurso que recibió de los gobiernos y de los hombres de ciencia de esa misma parte de América.

A cuantos no quisieren limitarse a consultar los volúmenes que contienen las memorias y los debates y desearen conocer algo más de las labores del Congreso y de los resultados por él alcanzados, se les recomienda la lectura del Acta Final y de la Exposición General concerniente a la misma que escribió el Dr. James Brown Scott, Informante General del Congreso, así como el Informe del Secretario General, prepa-

rado por el suscrito y por el Dr. Glen Levin Swiggett, Subsecretario General del mismo. En estos documentos podrán hallar no sólo el Acta Final y luminosas consideraciones acerca de la misma, sino también la nómina de los delegados y de los gobiernos, sociedades e institutos docentes que tuvieron representación en la Asamblea, juntamente con una relación puntualizada de las labores de la misma. Los que deseen obtener estos volúmenes pueden solicitarlos del Director General de la Unión Panamericana en Wáshington, D. C.

Como Secretario General del Congreso deseo hacer constar una vez más, antes de concluir, el agradecimiento que en mi informe general expresé por el cordial concurso que de todos recibí para asegurar el éxito del Congreso, desde el Presidente de los Estados Unidos y usted mismo como Secretario de Estado y desde los delegados de la América Latina y de los Estados Unidos hasta los diversos funcionarios del Congreso. El gran interés desplegado por la Comisión Permanente Ejecutiva, que presidió el Sr. William Phillips, a la sazón Tercer Subsecretario de Estado; por la Fundación Carnegie para la Paz Internacional, por el órgano de su Secretario, Dr. James Brown Scott; así como la colaboración del Dr. Glen Levin Swiggett, Subsecretario General, contribuyeron poderosamente a hacer memorable la asamblea. La Unión Panamericana, institución internacional sostenida por todas las repúblicas de América y cuyo Consejo Directivo está formado por los representantes diplomáticos latinoamericanos residentes en Wáshington y por el Secretario de Estado de los Estados Unidos, contribuyó con su poderosa influencia al éxito del Congreso y me autorizó para que desempeñara las funciones de Secretario General de aquél.

Con sentimientos de la más alta consideración me subscribo

De usted muy atento servidor,

JOHN BARRETT,
Secretario General.

Al Honorable SECRETARIO DE ESTADO,
Wáshington, D. C.

WASHINGTON, D. C., *Le 31 mai 1917.*

MONSIEUR: Conformément à la recommandation du Comité Exécutif du Second Congrès Scientifique Panaméricain qui a eu lieu à Washington du 27 décembre 1915 au 8 janvier 1916, et par la coopération du Congrès des États-Unis (loi du budget extraordinaire, 8 septembre 1916), les mémoires et discussions de cette grande réunion scientifique internationale ont été recueillis et édités pour être publiés sous l'habile direction du docteur Glen Levin Swiggett sous-secrétaire général. Ce volume contient le rapport de la section VI, dont M. James Brown Scott du Comité Exécutif était président.

Dans mon rapport officiel qui a été déjà soumis, je me suis étendu sur l'importance du Second Congrès Scientifique Panaméricain, sur le grand nombre de personnes qui y étaient présentes et sur l'excellence de ses mémoires et de ses discussions. C'est pourquoi, dans cette lettre qui, après avoir subi quelques changements sans importance, sert d'introduction à chaque volume, je n'en parlerai que d'une manière générale.

Toutes les républiques de l'Hémisphère Occidental au nombre de vingt-et-une étaient représentées au Congrès. De plus, des délégués à titre officieux envoyés par les associations scientifiques et les institutions éducatives les plus en vue de ces républiques ont soumis des mémoires et ont pris part aux délibérations. On peut donc considérer les mémoires et les discussions comme l'expression d'un grand effort scientifique panaméricain, possédant en conséquence une valeur inestimable.

Le Congrès était divisé en neuf sections principales que nous énumérons ci-dessous, en donnant le nom de leurs présidents.

I. ANTROPOLOGIE. W. H. Holmes.

II. ASTRONOMIE, MÉTÉOROLOGIE ET SISMOLOGIE. Robert S. Woodward.

III. Conservation des Ressources Naturelles, Agriculture, Irrigation et Forêts. George M. Rommel.

IV. Instruction Publique. P. P. Claxton.

V. Génie Civil. W. H. Bixby.

VI. Droit International, Droit Public et Jurisprudence. James Brown Scott.

VII. Mines, Métallurgie, Géologie pratique, et Chimie Appliquée. Hennen Jennings.

VIII. Santé Publique et Science Médicale. William C. Gorgas.

IX. Transport, Commerce, Finance et Impôt. L. S. Rowe.

A leur tour ces sections étaient subdivisées en quarante-cinq sous-sections.

On y comptait plus de deux cents délégués des républiques latino-américaines, et plus de mille délégués des Etats-Unis ont assisté aux réunions. Les discussions et les procès-verbaux du Congrès ont attiré l'attention du monde entier, et il a été sans le moindre doute la plus grande assemblée scientifique internationale de l'histoire de l'Hémisphère Occidental, et peut-être même du monde entier, qui se soit réunie jusqu'ici. Venant après le Premier Congrès Scientifique Panaméricain qui s'est réuni à Santiago, capitale du Chili, en 1908, et après ceux qui ont eu lieu précédemment, respectivement à Rio de Janeiro, à Montevideo et à Buenos-Ayres, ces derniers n'ayant que des représentants de l'Amérique Latine, il s'est montré leur digne successeur. Sa réussite a été un logique résultat de ces précédents concours dans l'Amérique Latine et de la sincère et cordiale coopération des gouvernements et des hommes de science de l'Amérique Latine.

Pour ceux qui n'ont porté leur attention que sur les volumes renfermant les mémoires et les discussions, et qui désireraient connaître d'une manière plus approfondie les actes et procès-verbaux du Congrès, ainsi que les résultats qui s'en sont suivis, je leur conseillerai de lire "L'acte Final, Commentaire explicatif," rédigé sous la direction du docteur James Brown Scott, rapporteur général du Congrès, et le rapport du Secrétaire Général rédigé par ce dernier et le docteur Glen Levin Swiggett. En les lisant on n'y trouvera pas seulement l'Acte Final et le commentaire explicatif, mais encore les listes des délégués, des gouvernements qui ont participé au Congrès, des sociétés, des institutions éducatives et autres, en même temps qu'un compte rendu soigné ainsi que l'histoire du Congrès. On peut se les procurer en faisant une demande par écrit au Directeur Général de l'Union Panaméricaine à Washington, D. C.

En terminant, je vais en qualité de Secrétaire Général du Congrès exprimer de nouveau en peu de mots mes remercîments, ce que j'ai déjà fait dans mon rapport officiel pour la part que chacun a eue dans la réussite du Congrès depuis le Président des États-Unis, vous comme Secrétaire d'État, les délégués de l'Amérique Latine et ceux des États-Unis jusqu'aux employés de bureau. Le haut intérêt manifesté par le Comité Exécutif permanent présidé par M. William Phillips, qui était alors troisième Sous-Secrétaire d'État, par la Fondation Carnegie pour la Paix Internationale, par l'entremise de son sécretaire le docteur James Brown Scott, et l'aide prêté dans l'exécution par le docteur Glen Levin Swiggett, comme sous-secrétaire général, ont puissamment contribué à faire de ce Congrès un événement mémorable. L'Union Panaméricaine, administration officielle internationale de toutes les républiques américaines, et dont le Comité d'Administration est composé des diplomates latino-américains à Washington et du Secrétaire d'État des États-Unis, a usé de sa favorable influence pour assurer le succès du Congrès et m'a autorisé, en qualité de Directeur Général de l'Union, à prendre en mains les responsabilités de Secrétaire Général du Congrès.

Veuillez agréer, M. le Secrétaire d'État, en même temps que mes respectueux hommages l'assurance de mon entier dévoûment,

John Barrett,
Secrétaire Général.

Monsieur le Secrétaire d'État,
Washington, D. C.

REGISTER OF WRITERS OF PAPERS.

SECOND PAN AMERICAN SCIENTIFIC CONGRESS.

EXECUTIVE COMMITTEE.

WILLIAM PHILLIPS, Assistant Secretary of State, Chairman ex officio.

JAMES BROWN SCOTT, Secretary, Carnegie Endowment for International Peace, Vice Chairman.

WILLIAM H. WELCH, President, National Academy of Sciences, Honorary Vice Chairman.

JOHN BARRETT, Director General, Pan American Union.

W. H. BIXBY, Brigadier General, United States Army, retired.

PHILANDER P. CLAXTON, Commissioner of Education.

WILLIAM C. GORGAS, Surgeon General, United States Army.

WILLIAM H. HOLMES, Head Curator, Smithsonian Institution.

HENNEN JENNINGS, former President, London Institution Mining and Metallurgy.

GEORGE M. ROMMEL, Chief, Animal Husbandry Division, Bureau of Animal Industry, Department of Agriculture.

L. S. ROWE, President, American Academy of Political and Social Science.

ROBERT S. WOODWARD, President, Carnegie Institution of Washington.

ORGANIZATION OFFICERS.

JOHN BARRETT, Secretary General.

GLEN LEVIN SWIGGETT, Assistant Secretary General.

SECTION VI.—INTERNATIONAL LAW, PUBLIC LAW, AND JURISPRUDENCE.

JAMES BROWN SCOTT, Chairman.

COMMITTEES.

SUBSECTION ON INTERNATIONAL LAW.

CHARLES NOBLE GREGORY, Washington, D. C., Chairman.

CLEMENT L. BOUVÉ, of the Bar of the District of Columbia, Secretary.

SIMEON E. BALDWIN, formerly Chief Justice of the Supreme Court of Errors of Connecticut, New Haven, Conn.

FREDERICK R. COUDERT, of the New York Bar, New York, N. Y.

WILLIAM R. DAY, Associate Justice of the Supreme Court of the United States.

JOHN W. FOSTER, formerly Secretary of State, Washington, D. C.

AMOS S. HERSHEY, Professor of International Law, Indiana University, Bloomington, Ind.

DAVID JAYNE HILL, formerly American Ambassador to Germany, Washington, D. C.

CHARLES CHENEY HYDE, of the Illinois Bar, Chicago, Ill.

Capt. HARRY S. KNAPP, United States Navy, Washington, D. C.

ARTHUR K. KUHN, of the New York Bar, New York City.

J. HAMILTON LEWIS, Senator of the United States.

HENRY CABOT LODGE, Senator of the United States.

JOSEPH MCKENNA, Associate Justice of the Supreme Court of the United States.

JOHN BASSETT MOORE, formerly Counselor for the Department of State, Columbia University, New York, N. Y.

Capt. JAMES H. OLIVER, United States Navy, Washington, D. C.

WALTER S. PENFIELD, of the Bar of the District of Columbia, Washington, D. C.

JACOB GOULD SCHURMAN, President of Cornell University, Ithaca, N. Y.

ALPHEUS H. SNOW, Attorney at Law, Washington, D. C.

W. VAN DEVANTER, Associate Justice of the Supreme Court of the United States.

HENRY WHITE, formerly Ambassador to France, Washington, D. C.

GEORGE GRAFTON WILSON, Professor of International Law, Harvard University, Cambridge, Mass.

THEODORE S. WOOLSEY, formerly Professor of International Law, Yale University, New Haven, Conn.

SUBSECTION ON PUBLIC LAW.

SIMEON E. BALDWIN, formerly Chief Justice of the Supreme Court of Errors of Connecticut, New Haven, Conn.. Chairman.

I. J. COSTIGAN, of the Bar of the District of Columbia, Secretary.

LUCILIUS A. EMERY, formerly Chief Justice of Maine, Ellsworth, Me.

ROBERT LUDLOW FOWLER, Surrogate of New York, New York, N. Y.

CHARLES NOBLE GREGORY, Washington, D. C.

MAHLON PITNEY, Associate Justice of the Supreme Court of the United States.

EUGENE WAMBAUGH, Professor of Law in Harvard Law School, Cambridge, Mass.

ANDREW D. WHITE, President Emeritus, Cornell University, Ithaca, N. Y.

SUBSECTION ON JURISPRUDENCE.

EUGENE WAMBAUGH, Professor of Law in Harvard Law School, Cambridge, Mass., Chairman.

SIMEON E. BALDWIN, formerly Chief Justice of the Supreme Court of Errors of Connecticut, New Haven, Conn.

JOSEPH H. CHOATE, formerly American Ambassador to Great Britain, New York, N. Y.

MOREFIELD STOREY, of the Massachusetts Bar, Boston, Mass.

WILLIAM H. TAFT, formerly President of the United States, New Haven, Conn.

JOHN H. WIGMORE, Dean of the Law School, Northwestern University, Chicago, Ill.

68436—17—VOL VII——2

SECOND PAN AMERICAN SCIENTIFIC CONGRESS.

AIMS AND PURPOSES.

The congress, in accordance with its high aims and purposes, namely, to increase the knowledge of things American, to disseminate and to make the culture of each American country the heritage of all American Republics, to further the advancement of science by disinterested cooperation, to promote industry, inter-American trade and commerce, and to devise the ways and means of mutual helpfulness in these and in other respects considered the following general program of subjects, divided into appropriate sections and subsections.

SECTION VI.—INTERNATIONAL LAW, PUBLIC LAW, AND JURISPRUDENCE.

INTERNATIONAL LAW.

The relation of international law to national law in American countries; the study of international law in American countries and the means by which it may be made more effective.

How can the people of the American countries best be impressed with the duties and responsibilities of the State in international law? Are there specific American problems of international law?

The attitude of American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes.

Should international law be codified, and if so, should it be done through governmental agencies or by private scientific societies?

Mission of the American Institute of International Law.

Pan Americanism in the light of the traditional international policy of Argentina.

PUBLIC LAW.

The relation of public law to international law; the historical evolution of public law; public law as affecting legal procedure in civil causes.

The effect of American public law on our written constitutions. (*a*) In their bearing on the sovereignty of the State. (*b*) Constitutional provisions making treaties law.

Is there an American public law that can be differentiated from that of other continents?

The power of the President to dictate by-laws and regulations; presidential and parliamentary government on the American continent in State and Nation.

Criminal law and procedure with special reference to the scope and limits of jury trials and the several theories for the punishment of criminals, and differences between the criminal procedures of States following the civil law and those following the common law.

JURISPRUDENCE.

Recent law reforms in the United States of America; the extraterritorial effect of criminal statutes; the international assimilation of law—its need and its possibilities from the American standpoint; judicial organization with special reference to the nomination or election of judges; organization and functions of the minor judiciary; how lawyers of one country may be more easily and effectively made acquainted with the laws of another country; a study in Mexican law.

RESOLUTIONS AND RECOMMENDATIONS.

The Second Pan American Scientific Congress considered and discussed the subjects set forth in its program in the light of an intellectual Pan Americanism in a series of meetings from December 27, 1915, to January 8, 1916, and adopted resolutions and recommendations, pertinent to the work of the nine main sections of the congress.

The following recommendations refer to Section VI:

Article 23.

The Second Pan American Scientific Congress recommends, in order to increase the study of international law, to popularize its just principles, and to secure its observance and application in the mutual relations of the Americas, that steps be taken to improve and to enlarge library and reference facilities—

(*a*) By preparing and publishing a bibliography of international law and related subjects, furnishing the names of publishers and prices, so far as these are obtainable, with special reference to the needs of poorly endowed libraries.

(*b*) By preparing and publishing a carefully prepared index or digest of the various heads and subheads of international law, with references to standard sources of authority under each head and subhead thereof.

(*c*) By collecting with the aid, wherever possible, of ministries of foreign affairs and publishing from official copies thus secured, in cheap and convenient form, all official documents, both foreign and domestic, bearing upon international law, including therein treaties, information relating to arbitration, announcements of national policy, and diplomatic correspondence.

(*d*) By issuing in the form of law reports judgments of national courts involving questions of international law, the sentences of arbitral tribunals, and the awards of mixed commissions.

ARTICLE 24.

The Second Pan American Scientific Congress is of the firm conviction that, as the idea of direct government by the people grows, it becomes increasingly essential to the well-being of the world that the leaders of opinion in each community be familiar with the duties and obligations as well as with the rights of States, as recognized in international law, and that it has become a patriotic duty resting upon our educational institutions to give as thorough and as extensive courses as possible in international law and related subjects. The congress therefore recommends—

I. That steps be taken to extend the study of the subject—

(*a*) By increasing the number of schools and institutions in which international law and related subjects are taught.

(*b*) By increasing the number of students in attendance upon the courses.

(*c*) By diffusing a knowledge of its principles in each American Republic.

II. That a course in international law, where possible, should consist of systematic instruction during at least a full academic year, divided between international law and diplomacy.

III. That prominent experts in international law and diplomacy be invited from time to time to lecture upon these subjects in the institutions of learning of the American Republics.

ARTICLE 25.

The Second Pan American Scientific Congress, in order to place instruction in international law upon a more uniform and scientific basis, recommends that—

(*a*) In the teaching of international law emphasis be laid upon the positive nature of the subject and the definiteness of the rules, for whether the teaching of international law be regarded as of value as a disciplinary subject or from the standpoint of its importance in giving to the student a grasp of the rules that govern the relations of nations, it is equally important that he have impressed upon his mind the definiteness and positive character of the rules of international law; that the teaching of international law be not made the occasion for a universal peace propaganda; that the interest of the students in and their enthusiasm for the subject can best be aroused by impressing upon them the evolutionary character of the rules of international law, for through such a presentation of the subject the student will not fail to see that the development of

positive rules of law governing the relations of States has contributed toward the maintenance of peace.

(*b*) In order to emphasize the positive character of international law the widest possible use be made of cases and the concrete facts of international experience, for the interest of students can best be aroused when they are convinced that they are dealing with such concrete facts, and that the marshaling of such facts in such a way as to develop or illustrate general principles lends dignity to the subject, which can not help but have a stimulating influence; that international law should be constantly illustrated from the sources recognized as ultimate authority, such as cases both of judicial and arbitral determination; treaties, protocols, acts, and declarations of epoch-making congresses, such as Westphalia (1648), Vienna (1815), Paris (1856), The Hague (1899 and 1907), and London (1909); diplomatic incidents ranking as precedents for action of an international character; and the great classics of international law.

(*c*) In the teaching of international law care be exercised to distinguish the accepted rules of international law from questions of international policy.

(*d*) In a general course on international law the experience of no one country be allowed to assume a consequence out of proportion to the strictly international principles it may illustrate.

ARTICLE 26.

The Second Pan American Scientific Congress, in order still further to advance the cause of international law and the development of international justice, recommends that a major in international law in a university course, leading to the degree of doctor of philosophy, be followed, if possible, by residence at The Hague in attendance upon the Academy of International Law, installed in 1914 in the Peace Palace in that city; and that, as no better means has been devised for affording a just appreciation of the diverse and conflicting national views concerning international law or for developing that "international mind" which is so essential in a teacher of that subject, as many fellowships as possible should be established in the academy at The Hague and put at the disposition of advanced students of international law in the different American Republics.

ARTICLE 27.

The Second Pan American Scientific Congress expresses the opinion that the present development of higher education in the American Republics and the place which they have now assumed in the affairs of the society of nations justify and demand that the study of the science and historic applications of international law be treated on a plane of equality with other subjects in the curriculum of col-

leges and universities, and that professorships or departments devoted to its study be established where they do not exist in every institution of higher learning.

ARTICLE 28.

The Second Pan American Scientific Congress, recognizing the growing importance of a knowledge of international law to all persons who intend to devote themselves to the administration of justice, and who, through their professional occupation, may contribute largely to the formation of public opinion and who may often be vested with the highest offices in the State and Nation, earnestly requests all law schools which now offer no instruction in international law to add to their curriculum a thorough course in that subject.

ARTICLE 29.

The Second Pan American Scientific Congress regards it as highly desirable, upon the initiative of institutions where instruction in international law is lacking, to take steps toward providing such instruction by visiting professors or lecturers, this instruction to be given in courses, and not in single lectures, upon substantive principles, not upon popular questions of momentary interest, and in a scientific spirit, not in the interest of any propaganda.

ARTICLE 30.

The Second Pan American Scientific Congress recommends the establishment and encouragement in institutions of specialized courses in preparation for the diplomatic and consular services.

ARTICLE 31.

The Second Pan American Scientific Congress advises that the study of international law be required in specialized courses in preparation for business.

ARTICLE 32.

The Second Pan American Scientific Congress urges that in the study and teaching of international law in American institutions of learning special stress be laid upon problems affecting the American Republics and upon doctrines of American origin.

ARTICLE 33.

The Second Pan American Scientific Congress extends to the American Institute of International Law a cordial welcome into the circles of scientific organizations of Pan America, and records a sincere wish for its successful career and the achievement of the highest aims of its important labors.

ARTICLE 34.

The Second Pan American Scientific Congress recommends to all educational establishments of America the special study of the constitutions, laws, and institutions of the Republics of this continent.

ARTICLE 35.

The Second Pan American Scientific Congress recommends to the various universities of the American Republics that a comparative study of judicial institutions be undertaken in order—

(*a*) To create special interest therein in the several countries of the continent.

(*b*) To facilitate the knowledge and solution of problems of private international law in the American countries.

(*c*) To bring about as far as possible uniformity in jurisprudence and legislation.

ARTICLE 36.

The Second Pan American Scientific Congress, in order to broaden the outlook and to bring into closer contact the members of the legal profession, urges that the bar association exchange among themselves—

(*a*) Law books and publications affecting the legal profession and the practice of law.

(*b*) New codes of law and rules of procedure as they are hereafter published.

GENERAL SESSION OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Tuesday morning, December 28, 1915.

Chairman, JAMES BROWN SCOTT.

The meeting was called to order at 10 o'clock by the chairman.

The CHAIRMAN. It is my very great pleasure on behalf of the congress to declare its sixth section in session. It is further my very great pleasure on behalf of the congress to welcome to the city of Washington our distinguished delegates and to express the hope that they may so discuss the problems of international law, of public law, and of jurisprudence, that by an exchange of views and by the conclusions which may be reached the cause of international law, of public law, and of jurisprudence may be advanced in this Western Continent, of which we are all happy at this moment, and at all times, to be a part.

The section has been divided into three sub-sections—one devoted to the consideration of questions of international law, the president of which is Dr. Charles Noble Gregory, formerly dean of the State University of Iowa and now of the George Washington University, who has devoted a lifetime to the study of international questions. A sub-section has been created for the consideration of questions of public law which are believed to be of a kind, not merely to interest some of the countries, but all of the American Republics. This sub-section will be presided over by his excellency Governor Simeon E. Baldwin, formerly chief justice of the supreme court of errors of Connecticut, whose titles to fame are not merely those of a jurist and of an expert in international law, but also those of an expert in the difficult questions of the conflict of laws, as well as in public law, in which broad domain he has had practical as well as theoretical experience.

The third section, devoted to jurisprudence, is presided over by Professor Eugene Wambaugh, of Harvard University, who will meet with those who care to discuss this subject, and who honor us by their presence, in the hope that in some way the principles underlying not merely international law but public law and law in general may be made clearer by discussion and an exchange of views than they have been heretofore to the publicists of the different American countries.

I desire with your permission to offer some observations of a general nature tending to show the importance that a meeting of this kind has, and that meetings of this kind must necessarily have, where representatives of different countries come together and compete in friendly rivalry.

The Second Pan American Scientific Congress will have official delegates from each of the 21 American Republics. These delegates will take part in the discussion of the important subjects of the program. The conclusions reached will be valuable and foundations will be laid for helpful cooperation in the future. Through the personal intercourse of the delegates, the friendships formed through cooperation in a common work, and the respect that can not fail to spring from personal contact, there will result necessarily a clearer view of the ability, the aims, and the purposes of the countries themselves.

But it is not merely official delegates that come together and meet upon a plane of equality. The institutions of learning and scientific bodies of all the American countries have been invited to attend the congress and to take part in its discussions through representatives of their own choice. Distinguished persons other than official delegates or the representatives of institutions and of scientific associations have been invited to honor the congress with their presence, so that it can be said that the congress through its personnel represents the countries, the institutions of learning, and the scientific and scholarly thought of the 21 free and independent States of the American Continent.

It will be observed that this is the second congress of this kind, and yet in a certain sense it may be called the first, because its immediate predecessor, which met in Chile, in the city of Santiago, December 25, 1908, to January 5, 1909, was in the nature of an experiment, which succeeded so admirably that another congress, which it is hoped will be a link in an endless chain, was determined upon to meet in the capital of the United States.

The congress that assembled at Santiago was not the first scientific body in which the Republics to the south of the United States were represented. It was, however, the first in which the United States was asked to participate. One had met in Buenos Aires in 1898, a second at Montevideo in 1901, and a third four years later at Rio de Janeiro; but the United States, its institutions of learning, its scientific associations, its scientists, were not invited. Undoubtedly our friends to the south would, with that delicacy of feeling and inborn courtesy which characterizes them, have replied, if asked why the United States was overlooked, that the congresses were meetings of Latin American scholars; that they were in the nature of experiments; that

they did not feel justified in inviting the United States officially to participate until it was seen whether the experiments were likely to prove successful; and that the experience already had with the three Latin American congresses having convinced them of the usefulness and the importance of such gatherings, the United States was invited to attend the congress in Chile. If this reply were made it would be true, for the Latin American countries have a certain hesitancy in inviting the great Republic to the north, with its different traditions, its different language, and its different ways of thought. But there are other reasons which are not quite so flattering to the people of the United States. The fact is that our southern neighbors have sometimes been in doubt as to our honorable intentions, even when we have been wooing them, as it were. They were very grateful for our recognition of their independence and for the Monroe Doctrine, which seemed to assure its continuance. The Mexican War of 1845–1848, which resulted in the defeat of Mexico and the loss of an important part of its territory, seemed to them unprovoked and ungenerous on the part of the United States. The Spanish-American War of 1898 excluded Spain from the Western Hemisphere and was disquieting to Latin America, which had long since cherished friendly relations with the mother country, whose language it speaks for the most part and whose traditions are also its traditions. And, finally, the acquisition of the Panama Canal by methods of which Latin America appears to have disapproved suggested the possibility that the United States considered the territory between the Rio Grande and the canal as merely held in trust for the great Republic until it cares to enter upon and to realize its imperial destiny.

The visit of Mr. Elihu Root when Secretary of State to South America, the series of addresses which he delivered during his visit, especially his address as honorary president of the Third Pan American Conference at Rio, and the interest which Mr. Root took in securing the representation of Latin America in the Second Hague Peace Conference and the postponement of that conference to such a time as Latin America could be represented, followed by the official visit of Secretary Knox to Central America and later by the unofficial visit of Mr. Robert Bacon to South America in the footsteps of Mr. Root, had led to a friendlier and a kindlier feeling on the part of Latin America. But love will not keep house with fear, and confidence is a plant of slow growth. There are many and competent judges in the United States who unfortunately feel that Latin America is not quite at its ease in diplomatic, political, or financial conferences in which the United States is represented, and that, if a trite classical allusion be pardoned, they fear the Greeks "et dona ferentes." There is, however, a broad field of endeavor and achievement open alike to all the American States—

the field of scientific endeavor and of intellectual achievement. There, size is immaterial and numbers do not count, and the fear that might be latent, even if it did not show itself, in diplomatic, political, or financial conferences is excluded from a scientific congress. In this vast field, common to all alike, a large and important part thereof is occupied by international law, political law, and jurisprudence.

International law is a system in which every American Republic, irrespective of size, has an equal interest, and indeed it may be said that the weaker the State the greater its interest in international law, because justice is the shield, if not always the sword, of the weak. The great problem with which we are confronted is to base the relations of nations upon principles of justice, and there is a feeling very widespread that the 21 American States, separated from the rest of the world by two immense oceans, may in no uncertain sense of the word consider themselves as a unit for this purpose, and that its publicists can wisely and hopefully cooperate in the development of an international law fitted to meet their needs, and therefore fitted to meet the needs of others.

In much the same way each American State is interested in questions of public law; for, although the system of public law may differ in each country, which is not and can not be the case with international law, nevertheless the fundamental principles of public law of the American countries have much in common and can only gain by an examination from different points of view, which would be the case in a discussion by representatives of the different countries. And, again, jurisprudence is a science common to all alike, and lending itself to a discussion by qualified representatives of the great Republic, where the common law, and of the sister Republics, where the civil law sits enthroned. Therefore a section of the scientific congress is devoted to international law, public law, and jurisprudence, and the questions embodied in the program will be discussed by specialists from all the Americas.

It is hoped that the discussion of the questions of public law and of jurisprudence contained in the program will be so fruitful and helpful that the publicists taking part in them will, after the adjournment of the congress, be encouraged to start societies in their home countries which will bring together those who are interested, and that the societies formed or to be formed in the different countries will communicate with the societies formed in other countries, so that there will be 21 incentives to continued work and continued cooperation.

In the field of international law these hopes are taking visible and tangible form and effect. Thus, a few years ago Señor Alejandro

Álvarez and the chairman of this section felt that the publicists of the American Republics should be encouraged to devote themselves more closely to the study of international law than had hitherto been the case, and that they should not merely study in the closet, but that they should consider international questions in societies formed for that express purpose. They therefore proposed to publicists in the various American countries that a society of international law should be established in the capital of each American country, and that each society should recommend a certain number, not to exceed five, of its members to form an international body, which could properly be called the American Institute of International Law, to cooperate with and in a certain sense to supervise the national societies of the different countries. At the present time a national society of international law, composed of leading publicists, has been formed in the capital of every American Republic. The American Institute was declared founded on the 12th day of October, 1912, and it is hoped that, composed as it is of five publicists, recommended by each of the national societies, it will hold its opening session at Washington in connection with and under the auspices of the congress, with a goodly number of the members of the institute in attendance.

And I am happy to inform you that the American Institute of International Law will be formally opened to-morrow afternoon at 3.30 o'clock, in the presence of the Secretary of State, the Honorable Robert Lansing, and of the president of the congress, his excellency the Chilean ambassador, and of Mr. Elihu Root, formerly Secretary of State of the United States, and president alike of the Society of International Law and of the American Institute.

Now, the importance of these national societies and of the American institute does not consist solely in the fact that through their successful operation international law may be developed so as to satisfy the needs of the American countries in their intercourse one with another. If this were the result, the formation of the societies and of the American institute would be amply justified; but something more is expected from them. The meeting in the institute and the exchange of views will tend to promote individual friendship and an understanding of the aims and purposes of the different countries, and the cooperation of the different societies in the development of international law and in the dissemination of its principles among the people will tend to draw closer the bonds of friendship and of good understanding, which, it is hoped, will not be one of the least important consequences of the congress. But even a greater result can be reasonably expected from the successful operation of the national societies and of the American Institute of International Law. One

society voices but the views of its members, but 21 societies and the American institute, composed of representatives of these 21 societies, voice the opinion of a continent, which may not inappropriately be termed the juridical conscience of the Americas. When we bear in mind the fact that 44 States met in 1907 at The Hague and discussed questions of a common interest during four months, and agreed upon matters of importance to all, we note that the American countries lack but a single vote of one-half of all the nations represented at the Second Hague Peace Conference. If questions of international law be carefully and thoroughly studied in each of these 21 countries, if its principles be widely disseminated among its peoples, the result will be not merely the drawing together of the Americas upon a common ground through the successful operation of the societies of international law and of the institute, but the nations at large, in conference assembled, will profit by their labors.

What has been said of the section on international law, public law, and jurisprudence is true in a different degree of the other sections of the Congress, and it is perhaps not too much to expect that from its meetings a deeper and a broader interest will be taken in things American, that the seeds of good understanding will be scattered broadcast, and that every delegate taking part in its labors, whether he be an official delegate representing his government, a delegate representing an institution of learning or a scientific body, or whether he be a scientist or scholar invited solely for his personal attainment and achievement in any branch of science, will be a center of good feeling and of kindly consideration in each American country, destined to overcome the distrust or lack of trust which has too often characterized the relations of American peoples.

Gentlemen, you will note that the program for this morning is composed exclusively of representatives of countries to the south of us, composed of distinguished scientists, scholars, publicists, who have come long distances in order to be present with us and to discuss in common these matters of interest to all.

The first speaker for this morning is the distinguished publicist, a Chilean, with whose name you are all familiar, and, indeed, who among you who has devoted himself to a study of international law, is not familiar with the name of Dr. Alejandro Alvarez?

Gentlemen, I have the very great pleasure and the very great honor of introducing to you our countryman—in the domain of scholarship there are no boundaries and we are all members of one great family—Dr. Alejandro Álvarez, who will speak to you this morning upon the relation of international law to national law in American countries.

RAPPORTS ENTRE LE DROIT NATIONAL ET LE DROIT INTERNATIONAL.

Par ALEJANDRO ÁLVAREZ,

Sécrétaire Général de l'Institut Américain de Droit International.

La matière des rapports entre le droit interne ou national et le droit international est de capitale importance pour apprécier le rôle et la valeur de ce droit dans la législation nationale de chaque pays, et notamment en vue de son application par les tribunaux nationaux.

La question qu'il faut se poser d'abord c'est de savoir si le droit international fait ou non partie du droit de chaque pays.

Cette question a été résolue affirmativement en Angleterre et aux Etats-Unis, ce qui peut jusqu'à un certain point s'expliquer par le fait que pour ces pays, la forme des deux droits n'est pas si différente que pour les autres, dont la législation civile est codifiée. La législation anglo-saxonne, comme le droit international, sont en grande partie coutumiers, et se dégagent des usages, des précédents.

Sans vouloir rapporter tous les cas où le principe ci-dessus a été reconnu en Angleterre, nous en citerons trois qui sont célébres, deux ancien, l'autre récent. En 1733 Lord Chancelier Talbot judge dans l'affaire Buvot c. Barbuit, dit dans sa sentence: "Le droit international, dans sa totalité, est une partie du droit de l'Angleterre. La loi du parlement ne fait que le declarer à l'occassion d'un incident particulier."

En 1764, un procès fameux auquel prit part, entre autres, Blackstone, le célèbre commentateur de la Constitution anglaise, se déroula en Angleterre à propos d'une question d'immunité d'agents diplomatiques.

Un ambassadeur russe ayant été arrêté en Angleterre, son gouvernement protesta, et, à la suite de cet incident, le Parlement anglais édicta un acte déclarant l'immunité des agents diplomatiques et de leurs domestiques. Lord Mansfield, président de la Cour du Roi, dit dans la sentence que cet acte fut édicté, non pas parce qu'on doutait, "que le droit des nations, en particulier la partie relative aux ministres publics, fut une partie du droit de l'Angleterre, ni son infraction criminelle; ni fait dans l'intention d'y changer un iota." * * * Suit l'exposé d'un cas qui s'était présenté auparavant; lord Mansfield rapporte à ce propos l'opinion qu'émit alors lord Talbot, savoir:

Que le droit des nations, dans sa totalité, était une partie du droit d'Angleterre; que l'acte du Parlement en était une déclaration, et occasionné par un incident particulier; que le droit des nations devait être forme par la réunion des pratiques des différentes nations, et des opinions des écrivains.[1]

En 1767, lord Mansfield exprimait aussi dans une sentence de la Cour du Roi la même opinion.[2]

Un an après la première sentence que nous venons de rapporter, en 1765, Blackstone écrivait ses Commentaires et, au sujet de cette question des rapports entre le droit international et le droit international et le droit interne, il disait:

* * * Donc le droit des nations (dans toute question qui fait à proprement parler l'objet de sa compétence) est ici adopté dans sa totalité par le droit commun, et est regardé comme faisant partie de la loi du pays. Et les actes du Parlement faits de temps à autre pour mettre en vigueur ce droit universel, ou pour faciliter l'exécution de ses décisions, ne doivent pas être considérés comme introduisant de nouvelles règles, mais seulement comme des déclarations d'anciennes constitutions fondamentales du royaume, sans lesquelles il cesserait de faire partie du monde civilisé. * * * Mais quand les individus d'un Etat violent ce droit général, c'est l'intérêt comme le devoir du governement sous lequel ils vivent, de les frapper avec une sévérité convenable pour que la paix du monde puisse être maintenue. Car c'est en vain que

---

[1] V. cette sentence dans Brown-Scott, Cases on international law. St.-Paul, 1906, pp. 6-8. Cf. Moore' A digest of international law. T. I, pp. 9-10.

[2] V. Brown-Scott, op. cit., p. 190.

les nations observeraient dans leur ensemble ces règles universelles, si leurs propres sujets étaient libres d'y contrevenir à leur discrétion, et de mener les deux Etats à la guerre. Il incombe donc à la nation offensée, de demander d'abord satisfaction et justice de l'offenseur, par l'Etat auquel celui-ci appartient; et si cela est refusé ou négligé, le souverain s'avoue complice ou soutien du crime de son sujet, et entraîne sa communauté dans les calamités d'une guerre extérieure.[1]

Près d'un siècle et demi plus tard, les sentences des Cours de justice anglaises prononcent dans le même sens. En 1905, la Cour du Roi, dans une sentence très importante relative à la "West Rand Central Gold Mining Company, Limited, contre le Roi," s'exprime ainsi sur cette même question des rapports entre les deux droits:

* * * Deuxièmement, le droit international est une partie du droit d'Angleterre. Cette question a été beaucoup considérée dans des cas relatifs aux droits et privilèges des ambassadeurs: voir cas de Barbuit (1737). Cas. T. Tal. 281; Triquet contre Bath (1764), 3 Burr. 1478; Heathfield contre Chilton (1767), 4 Burr. 2016; Viveash contre Becker (1814), 3 M. et S. 284; 15 R. R. 488; cas traitant de la saisie pour dettes: voir Dolder contre Huntingfield (1805), 11 Ves. J. 283; 8 R. R. 159; Wolff contre Oxholm (1817), 6 M. et S. 92; 18 R. R. 313; et cas relatifs au droit pour les eaux territoriales: voir Reg. contre Keyn (1876), 2 Ex. D. 63. Tous ces cas ont été traités par les Cours anglaises, en partant de ce que les principes de droit international qui s'y rapportent forment une partie du droit commun d'Angleterre. * * *

Cette dernière sentence provoqua une vive discussion. Le juge Alverstone la combattit, en soutenant que le droit international ne fait partie du droit interne que quand il a été reconnu par le Parlement, ou qu'il s'agit d'une règle manifestement établie par la pratique universelle. Il disait en effet.

* * * La seconde proposition fournie par Lord Robert Cecil, que le droit international fait partie du droit d'Angleterre, demande un mot d'explication et de commentaire. Il est absolument vrai que tout ce qui a reçu le consentement commun des nations civilisées doit avoir reçu le consentement de notre pays, et que ce que nous avons consenti avec d'autres nations en général peut être appelé proprement droit international, et comme tel sera reconnu et appliqué par nos tribunaux civils quand une occasion légitime s'offre à eux de décider sur des questions dont peuvent relever des doctrines de droit international. Mais toute doctrine ainsi invoquée doit être réellement acceptée comme obligatoire entre les nations, et le droit international qu'on cherche à appliquer doit, comme tout autre, être prouvé par une preuve suffisante, qui doit montrer ou bien que cette proposition particulière mise en avant a été reconnue et mise en action par chaque pays, ou qu'elle est de telle nature et a été si largement et si généralement acceptée, qu'on peut difficilement supposer que tout Etat civilisé la répudierait.[2]

Si la jurisprudence anglaise se maintient encore dans la voie que nous avons indiquée, la doctrine la plus récente, en Angleterre, commence à hésiter et à se prononcer dans le même sens que le juge Alverstone, c'est-à-dire à soutenir que le droit international ne fait partie de la législation interne que lorsque celle-ci l'a accueilli.

II.

Les Etats-Unis, dès le commencement de leur émancipation, reconnurent le principe anglais, par le fait même qu'ils reconnaissaient la législation anglaise qui le consacrait. Hamilton s'exprimait ainsi à ce sujet en 1795, en défence du traité de Jay:

1° Les Etats-Unis, disait-il, lorsqu'ils faisaient partie de l'Empire britannique, étaient comme tels soumis à ce droit, et comme ils ne l'ont pas rejeté quand ils devinrent indépendants, ils doivent être considérés comme ayant continué à y être soumis.

2° Le droit commun de l'Angleterre qui était et est en vigueur dans chacun des Etats de la confédération des Etats-Unis adopte le droit des nations, le positif aussi bien que le naturel, comme étant une partie de lui-même.[3]

---

[1] V. cette citation dans Brown-Scott, *op. cit.*, p. 9-10.

[2] V. cette sentence et sa critique dans The american journal of international law, 1907, t. I, p. 217-235. V. aussi sur cette matière Westlake, Is international law a part of the law of England? dans la Law Quarterly Review, 1906. Cf. Holland, Studies in international law, chapitre X, p. 194-196.

[3] Hamilton, Letters of Camillus, n° 20; Lodge's Hamilton, V, 89; Hamilton's édit., VII, 349, cité par Moore, Digest of international law, t. I, p. 10-11.

Jefferson, à son tour, déclara comme secrétaire d'Etat, dans une communication à M. Genêt, ministre de France, en 1793, que "le droit des nations fait partie intégrale * * * des lois du pays."[1]

Un éminent publiciste contemporain, M. Brown Scott, dit de même dans la préface de ses *Cases on international Law*, publiées en 1906, et qui sont devenus classiques dans les Universités américaines:

> L'idée contenue dans ce volume est que le droit international est une partie du droit commun anglais, qu'il est passé ainsi avec les colons anglais en Amérique; que quand, à la suite d'une rébellion couronnée de succès, ils furent admis dans la famille des nations, la nouvelle République reconnut le droit international aussi complétement que le droit international reconnut la nouvelle République. Droit civil il était en Angleterre, droit civil il reste aux Etats-Unis. On n'a presque pas exprimé d'opinion sur la question de savoir si c'est le droit au sens abstrait; nos Cours d'Etat et fédérales prennent connaissance judiciaire de son existence et dans les cas appropriés le mettent en vigueur, de telle sorte que pour les savants et les praticiens américains, il est le droit domestique ou civil.[2]

Le pouvoir judiciaire a toujours partagé aussi, aux Etats-Unis, cette manière de voir. Dès 1815, dans le cas de la *Néréide*, le juge Marshall disait: "Jusqu'à ce qu'un acte (du Congrès) soit passé, la Cour est liée par le droit des nations qui est une partie du droit du pays." Voir aussi Talbot contre Seeman, 1801, 1 Cranch, 1,43 ([3]). Dans la sentence intervenue à propos du célébre cas, de *The Paquete Habana* (1899), le juge Gray, en exprimant l'opinion de la Cour suprême, disait encore: "Le droit international est une partie de notre droit et doit être affirmé et administré par les Cours de justice compétentes, aussi souvent que les questions de droit qui en dépendent se presentent pour être jugées.[4]

La Constitution des Etats-Unis a résolu expressément que les traités internationaux conclus par le gouvernement de l'Union sont des lois suprèmes. Elle dit dans le § 2 de l'art. VI:

> Cette Constitution, ainsi que les lois des Etats-Unis qui seront faites en conséquence, et tous les traités faits ou qui seront faits sous l'autorité des Etats-Unis, constitueront la loi suprème du pays; ils seront obligatoires pour tous les juges dans chaque Etat, et cela nonobstant les dispositions contraires dans la Constitution ou dans les lois de l'un quelconque des Etats.[5]

III.

En Angleterre et aux Etats-Unis, la question des rapports entre le droit international et le droit interne n'offre donc pas de difficultés. Mais comment la résoudre dans les autres pays qui n'ont pas établi expressement la même règle?

On ne rencontre pas dans ces pays de doctrine établie à ce sujet. Ce n'est que dernièrement que quelques publicistes, notamment allemands et italiens, se sont occupés de cette question, et ils l'ont fait en la traitant a priori. Quelques-uns prennent comme point de départ dogmatique qu'il y a une séparation absolue entre les deux droits, séparation provenant de ce que leur nature et leur but sont tout différents; conséquemment ils soutiennent que le pouvoir judiciaire n'a à appliquer le droit international que quand la loi nationale s'y réfère expressément. Dans ce cas, disent-ils, l'hétérogénéité des droits disparait, puisque la loi internationale se transforme en loi nationale.[6]

---

[1] Moore, op. cit., t. I, p. 10.

[2] Brown-Scott, Cases on international law. Saint Paul, 1906, Préface. Cf. The legal nature of international law, dans The american journal of international law, t. I, p. 831-866.

[3] V. Brown-Scott, op. cit., p. 22.

[4] V. cette sentence dans Brown-Scott, op. cit., pp. 19-22.—Cf. Moore, op. cit., t. I, p. 3. On trouve encore des sentences analogues bien que moins importantes, dans Moore, op. cit., t. I, p. 10.

[5] Pour les différentes questions que peuvent se présenter au sujet de l'application des traités par les cours de justice, V. Moore, op. cit., t. V, p. 233-241.

[6] V. par exemple Oppenheim, International Law (2e édit., 1912), t. I § 21-22. Cf. The Panama Cana Conflict, Cambridge, 1913, nº VIII, pp. 38 et suiv.; et les autres autorités que nous citons dans le numéro suivant.

Selon d'autres, il n'y a pas séparation absolue. Mais, pour ces derniers également, le pouvoir judiciaire ne peut appliquer la loi internationale que si la loi nationale s'y réfère expressément: alors, disent-ils, il n'y a pas transformation de la loi internationale qui garde ce caractère, mais seulement réception, complément de la loi nationale.

La nécessité d'une doctrine apte à conduire à la solution de l'importante question que nous venons de mentionner, se fait donc sentir de plus en plus impérieusement. Mais, pour qu'elle ait une valeur pratique, il faut qu'elle soit étayée sur des bases positives, qu'elle s'inspire de la vie des nations. Or, ces données nous montrent, que les deux droits ne sont pas entièrement séparés, mais qu'ils ont entre eux, malgré leur différence de nature, des rapports intimes.

En partant de ces considérations fondamentales, il faut, pour trouver au problème une juste solution commencer par faire une distinction, qu'on ne fait pas ordinairement, entre les règles internationales de caractère contractuel et les autres.

Occupons-nous d'abord des premières.

IV.

Les règles internationales de caractère contractuel, c'est-à-dire celles consignées dans les traités, surtout si elles ont été soumises au Parlement des pays, ce qui arrive fréquemment avec le régime constitutionnel, sont de véritables lois qui obligent l'Etat, non seulement dans ses rapports extérieurs, mais encore dans sa conduite intérieure, au même titre qu'une loi nationale; et plus encore sont, comme le dit la Constitution des Etats-Unis (§ 2 de l'Art. VI), la loi suprême du pays. L'unique différence, c'est qu'elles ne peuvent pas être abrogees comme les lois ordinaires. Les juges doivent donc les appliquer comme les lois nationales.

Les publicistes allemands et italiens, se basant sur la séparation absolue qui, selon eux, existe entre le droit interne et le droit international, affirment que les traités n'obligent les Etats contractants qu'entre eux et n'ont pas la valeur de dispositions de droit interne: la promulgation officielle des traités, disent-ils, n'altère pas leur caractère et ne fait que créer les règles de droit interne nécessaire à leur exécution. D'après eux, le magistrat n'aurait jamais à appliquer le traité lui-même, il appliquerait seulement les dispositions de droit national édictées pour son exécution.[1]

Sans doute, ordinairement, un traité ne doit pas recevoir application à l'intérieur d'un pays, mais seulement dans les rapports réciproques des Etats contractants. Néanmoins, dans les traités, se trouvent souvent insérées des stipulations en faveur des sujets de chaque Etat (règles concernant la liberté de commerce, de navigation, le droit civil, la procédure, etc.). De telles stipulations n'ont nullement le caractère d'un contrat établi en faveur d'un tiers, comme l'ont prétendu certains auteurs,[2] puisque ce principe de droit civil ne saurait recevoir ici son application. Elles ont pour but de créer directement des droits que les ressortissants des Etats peuvent faire valoir devant l'autorité judiciaire respective. Autrement, il faudrait admettre que, dans chaque cas, les Etats contractants devraient se demander eux-mêmes les uns aux autres l'accomplissement de leurs obligations et prendre des mesures en conséquence. Un tel procédé serait sans objet et trop compliqué: les Etats n'ont jamais entendu y recourir. Et c'est seulement lorsque les droits stipulés dans un traité ont été méconnus vis-à-vis d'un individu par le pouvoir judiciaire, que le pays du ressortissant lésé peut presenter une réclamation diplomatique.

---

[1] V. entre autres: Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899, p. 117 et suiv.; Donati, I trattati nternazionali nel diritto costituzionale, Turin, 1906, t. I, p. 334–342 (autorités cités par Diena, L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international dans la Revue gén. de droit international public. Paris, 1909 (Tirage à part, p. 9). Du même auteur, Considerazioni critiche sul concetto dell' assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno, dans la Rivista di diritto pubblico, fascicule juillet-aoû 1913, 1re partie. (Tirage à part, p. 29); Anzilotti, Il diritto internazionale nei giudizi interni (Bologna 1905), chap. II.

[2] Romano, Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione, dans Il Filangieri, 1898, p. 263–264 (Cité par Diena, L'individu devant l'autorité judiciaire, etc., p. 17. Comparez les opinions de cet auteur, p. 17-19).

Cette solution s'impose toujours davantage, étant donnée la tendance moderne à régler conventionnellement bien des matières de droit interne, et notamment quand (comme en matières de lettres de change) la convention établie est à la fois loi uniforme—matière de droit interne—et établie conventionnellement—matière de droit international.

Mais si le traité au lieu de conférer directement des droits aux individus, ne leur en confère qu'indirectement, dans ce cas ceux-ci ne peuvent nullement les faire valoir directement devant les autorités, judiciaires ou autres.[1]

Il n'est pas douteux non plus que les tribunaux doivent tenir compte d'un traité quand celui-ci règle des situations dont le pouvoir judiciaire a à tenir compte directement. Les tribunaux devront, par exemple, prendre en considération un traité relatif à des frontières pour savoir si un territoire donné relève ou non de la juridiction nationale.[2]

Quant à la jurisprudence des différents pays, elle a hésité sur cette question de l'application des traités par les tribunaux nationaux, et, dans bien des cas, elle a résolu qu'ils n'ont pas compétence pour les appliquer.[3] Et dans les cas où elle s'est prononcée pour l'affirmative, elle a décidé que jamais ils ne peuvent les interpréter;[4] mais dans ces dernières années, la jurisprudence a changé, notamment en France, à ce dernier point de vue, en établissant que les tribunaux peuvent interpréter les traités. Un cas célèbre vient de se présenter devant la Cour de cassation à propos de l'interprétation du traité de Francfort: par arrêt du 22 décembre 1913 la Cour décide que la clause de la nation la plus favorisée ne peut être invoquée que si la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité particulièrement favorable dont le bénéfice est réclamé.[5]

La règle dont nous croyons qu'il faut partir étant que les traités sont loi nationale, il s'ensuit que, si un traité contient des dispositions contraires à une loi interne antérieure, celle-ci doit être considérée comme abrogée par le traité, et les tribunaux doivent appliquer celui-ci et non la loi interne. Prenons, avec le publiciste italien Diena, un exemple caractéristique qui s'offre au sujet des prises maritimes. Diena suppose la Déclaration de Londres de 1909 ratifiée par l'Italie. D'après l'article 40 de cette Déclaration, un navire portant contrebande de guerre ne peut être confisqué que si cette contrebande dépasse la moitié de la cargaison. L'article 215 du code de la marine marchande italienne dispose, d'autre part, que le navire portant contrebande peut être confisqué quel que soit la quantité de cette contrebande. Diena soutient que, si la question se présentait devant le tribunal des prises italien, celui-ci devrait appliquer le code de la marine marchande, ce code ne pouvant être modifié par la convention internationale.[6]

---

[1] V. quelques sentences dans ce sens, citées par Anzilotti, op. cit., p. 101-103, note 2. Cf. Holtzendotrff et Rivier, Introduction au droit des gens, p. 116-119.

Dans le cas où un traité confère directement aux individus des droits contre un Etat, la façon dont ces individus peuvent exercer leurs droits dépend en grande partie de la législation interne du pays auquel ils réclament. Ainsi, dans quelques pays, notamment dans l'Amérique latine, la législation donne de grandes facilités tant aux nationaux qu'aux étrangers pour traduire l'Etat devant l'autorité judiciaire du pays. Mais, quand ce procédé n'existe pas, les individus doivent s'adresser à leur gouvernement pour que celui-ci se charge de faire valoir leurs droits vis-à-vis de l'autre pays. C'est le cas notamment quand un Etat s'est engagé par traité à indemniser les particuliers d'un autre Etat pour des faits donnés.

[2] V. en ce sens, Sentence de la Cour de cassation de Turin, du 28 juin 1877, rapportée dans Anzilotti, op. cit., p. 104, note 1.

[3] V. ces différentes sentences dans Anzilotti, op. cit., dans les notes des pages 104-108 et 260-263. V. notamment sentence de la Cour de Douai du 3 juin 1885 dans le Journal de droit international privé, 1887, p. 605. En ce qui concerne quelques sentences sur l'application des traités par les tribunaux. V. aussi Nouveau Code civil (Jurisprudence générale, Dalloz), Paris, 1900-1905. Tome I, p. 7-8.

[4] V. sur cette matière Laferrière, Traité de la jurisprudence administrative, 2e édit., Paris, 1896, t. II, p. 46 et suiv. Cf. Anzilotti, op. cit., p. 242.

[5] V. cette sentence dans Sirey (1914), 1re partie, p. 233 et note de M. Lyon-Caen.

[6] V. sur cette matière Diena, Considerazioni critiche, etc., tirage à part, p. 12.

C'est là, à notre avis, une opinion inacceptable. La loi nationale peut être abrogée par une loi postérieure, même et surtout si elle est internationale: les juges donc, tout en n'appliquant que la loi nationale, devraient décider que l'article 245, en l'espèce, a été modifié par l'article 40 de la Déclaration de Londres.

Si, au contraire, la loi nationale était postérieure à la convention internationale, les juges devraient appliquer la loi nationale postérieure; mais, dans ce cas, l'Etat serait responsable vis-à-vis des autres Etats des infractions à la convention internationale, laquelle ne peut être abrogée à leur égard par une loi nationale (V. ci-dessous n° IX).

L'engagement stipulé souvent dans les traites, de mettre la législation interne en harmonie avec eux ou d'établir certaines règles en vue de leur application, ne signifie nullement que ce soit seulement dans ce cas que les tribunaux nationaux soient obligés d'appliquer les traités à l'intérieur des Etats: la clause en question a seulement pour but d'obliger les Etats à édicter spécialement les règles nécessaires à l'accomplissement desdits traités ou à abroger les lois déjà existantes qui pourraient leur être contraires.[1]

V.

Passons maintenant à l'application par les autorités d'un Etat et en particulier par les autorités judiciaires, des règles du droit international non conventionnelles. La question est ici plus délicate.

Les mêmes auteurs qui soutiennent que les tribunaux ne doivent pas appliquer les traités internationaux affirment aussi que les tribunaux ne doivent pas appliquer les principes du droit des gens: ils se fondent sur ce que ce droit n'est fait pour régir que les rapports d'Etat à Etat, et estiment qu'en conséquence, il ne saurait attribuer directement aux individus des droits et des obligations; que les individus ne sauraient predre, par suite, ce droit comme base d'aucune prétention juridique;[2] que les magistrats de chaque pays, ne peuvent être liés que par le droit interne.[3] C'est pour tous ces motifs, disent-ils, que la doctrine des pays anglo-américains n'a jamais pu prévaloir ailleurs, notamment dans l'Europe continentale.[4]

Pour aborder de plus près l'étude de cette question de l'application du droit international par les tribunaux, nous allons examiner les différents cas qui peuvent se présenter et qui se ramènent aux suivants:

1. La maitière relève exclusivement du droit international;
2. La matière relève des deux droits à la fois, sans que l'un se refère à l'autre;
3. La matière relève des deux droits à la fois, l'un se référant à l'autre;
4. Le droit interne édicte des dispositions contraires au droit international.

---

[1] En ce qui concerne la portée des stipulations d'une Convention par lesquelles les Etats s'engagent à édicter des lois pour l'accomplissement de ladite Convention. V. Diena, Considerazioni critiche, etc., p. 34-36.

[2] Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freiburg, 1892, p. 310 et suiv.; Heilborn, System des Völkerrechts, Berlin, 1896, p. 72 et suiv; Ullmann, Völkerrecht, Freiburg, 1898, p. 225 et suiv; Triepel, op. cit., p. 328-333; Oppenheim, op. cit., t. I, p. 362-365; Anzilotti. L'azione individuale contraria al diritto internazionale, dans la Rivista di diritto internazionale, 1902, p. 8 et suiv. Du même auteur, Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto internazionale, Florence, 1902, p. 130 et suiv., et enfin son ouvrage Il diritto internazionale nei giudizi interni, Bologne, 1905, p. 183 et suiv., et p. 227 et suiv. Tous ces auteurs sont cités par Diena, L'individu devant l'autorité judiciaire, p. 1-2.

[3] Mêmes autorités que ci-dessus. Cf. Fedozzi, Il diritto processuale civile internazionale, Bologne, 1905, p. 372; Donati, op. cit., t I, p. 456-457, note; Zitelmann Internationales Privatrecht, Leipzig, 1897, t. I, p. 2 (cités aussi par Diena, loc. cit., p. 2). Même opinion, mais avec des exceptions qui l'atténuent beaucoup, dans Oppenheim, op. cit., t. I, p. 26-29.

[4] V. cependant arrêt de la Cour d'appel de la Haye du 10 novembre 1903; et note dans le Journal du droit international privé, t. XXXV (1908), p. 1281-1282.

VI.

1. Cas où la matière relève exclusivement du droit international.

Dans ce cas, le juge peut appliquer le droit international, à condition bien entendu d'avoir compétence pour connaître de la matière, car s'il n'a pas compétence, la question ne se pose même pas.

Les raisons données par les auteurs dont nous venons de parler n'ont aucune valeur jurdique, ni prise en considération dans la pratique.

En effet dans toute une branche du droit international, le droit international privé, on n'a jamais contesté que si la loi du pays ne renferme pas de dispositions régissant la matière, objet du litige, ce qui peut arriver quand il s'agit d'actes passés à l'étranger par des étrangers, les juges appliqueraient les principes généraux du droit international.

En dehors de cette première catégorie de matières, il y en a bien d'autres du domaine du droit international public qui, par le fait de confier des droits aux particuliers, peuvent être de ce chef soumises à la résolution des tribunaux nationaux: valeur des actes des gouvernements du fait, acquisition de territoires par occupation et droits y accordés aux particuliers, transmission des obligations patrimoniales des Etats dans leurs mutations territoriales, effets de la guerre sur les traités en ce qui concerne les droits des particuliers, conditions de validité d'un blocus, etc.

Il n'y a non plus aucun doute que dans ce cas le juge doive appliquer aussi les règles du droit international. D'abord, le bon sens lui-même l'exige; ensuite la législation dans tous les pays établit qu'aucun cas qui se présente devant l'autorité judiciaire ne doit être laissé sans sloution sous prétexte qu'il n'existe pas de règle s'y appliquant: et il est évident qu'en présence d'une matière internationale, c'est au droit international que le juge doit recourir sous peine de tomber dans l'arbitraire.

D'autre part, la conception moderne du pouvoir judiciaire tend à faire reconnaître au juge un pouvoir toujours plus grand, non seulement pour suppléer au droit, mais même indirectement pour le créer. De cette faculté on passe tout naturellement à celle de prendre en considération le droit international, quand la matière relève en réalité de ce droit.

VII.

2. La matière relève des deux droits à la fois sans que l'un se réfère à l'autre.

Ce cas se présente tant dans le droit public que dans le droit privé.

Dans le droit public interne, souvent il arrive, avons-nous dit (chap. IV, n° III), que la législation nationale présuppose certaines règles de droit international, ou règlemente, en partant des données du droit international, certaines matières, celles notamment se rapportant à la souveraineté extérieure (conclusion des traités, agents diplomatiques et immunités les concernant, réclamations diplomatiques, extradition, déclarations de guerre, neutralité, prises maritimes, etc.). Dans ces cas, il n'y a pas le moindre doute que le droit international doive être appliqué par toutes les autorités d'un pays comme s'il s'agissait de la législation nationale. Il serait inadmissible qu'une loi internationale qui est à la base des rapports entre Etats, qui, en même temps, est présupposée par la loi nationale, de telle sorte que bien des matières, seraient incompréhensibles sans elle, il serait inadmissible, disons-nous, qu'une telle loi ne fût pas appliquée par les autorités administratives ou judiciaires, uniquement pour le fait qu'elle n'est pas contenue dans un texte de loi. Une pareille conception de la loi positive serait absolument inacceptable dans une société où, à chaque pas, la vie internationale et les lois qui la régissent sont intimement mêlées à la vie nationale.

En pratique, on a toujours cru que, dans les matières où la législation interne présuppose le droit international, les autorités administratives pouvaient procéder en conformité aux règles de ce droit. On va même plus loin, en reconnaissant que certaines des dispositions du droit des gens peuvent apporter des limitations ou des modifications aux lois nationales. Ainsi, les Etats croient résolument qu'ils ont le droit faire la guerre et, par suite, d'garandir leur territoire ou d'en abandonner une partie, sans que

leur constitution ait prévu le cas, ou malgré, comme cela arrive pour les Etats de l'Amérique latine, que la constitution ait fixé les limites territoriales et n'ait rien dit sur la cession de territoire. Un Etat peut aussi prétendre à l'acquisition de colonies, empêcher des sécessions de territoire, malgré que sa Constitution passe sous silence ces éventualités.

Dans le droit privé la question peut se présenter aussi dans bien des matières telles que: propriété littéraire et artistique sans les questions qui ne relèvent pas de l'Union internationale; télégraphie sans fil; navigation aérienne; et plus généralement les règles relatives à la solution des conflits de lois, au sujet desquels, en même temps qu'ils relèvent du droit international privé, presque toutes les législations édictent des dispositions souvent sans se référer aux dispositions du droit international, ou sans même les présupposer.

Le juge doit appliquer dans ce cas, non pas seulement la loi nationale, mais également la loi internationale, à condition naturellement qu'il n'y ait pas contradiction entre les deux droits; nous verrons dans le numéro suivant, qu'en effet, en cas de conflit, le juge doit donner la préférence à la législation nationale. Plusieurs raisons militent en faveur de cette solution, que le juge ne pourrait s'excuser d'appliquer la loi internationale, sous prétexte que le législateur ne s'y est référé ni directement, ni indirectement. D'abord le bon sens indique qu'un tel procédé, loin de respecter la volonté du législateur, serat la trahir, attendu que celui-ci ne pouvait avoir la prétention de priver la question de son caractère international. Le juge doit donc constater que la matière relève des deux droits et donner au droit international la place qui lui revient car, autrement, se trouverait dénaturée la question à lui soumise.

Ensuite, l'interdépendance toujours plus grande entre tous les Etats impose cette solution. Si, en vertu de cette interdépendance, on fait place de plus en plus dans un pays à la loi étrangère, même de préférence à la loi nationale, et non plus comme jadis au nom de la *comitas gentium*, mais au nom d'un principe de justice; à plus forte raison doit-on appliquer le droit international dans les matières qui relèvent de ce droit en même temps que du droit privé.

Enfin, et dans l'ordre d'idées du pouvoir croissant du juge dont nous avons parlé au numéro précédent se trouve le fait qu'on commence à lui reconnaître la faculté de se prononcer même sur l'inconstitutionnalité des lois.

Jusqu'à ces derniers temps, on pensait que les juges n'avaient pas comme aux Etats-Unis, qualité pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi; que, s'il se trouvaient en présence d'une loi inconstitutionnelle, ils n'avaient qu'à s'incliner et à l'appliquer. Aujourd'hui, la doctrine et, qui plus est, le pouvoir judiciaire lui-même dans ses décisions, tendent à admettre, en France comme ailleurs, que les juges, en présence d'une loi inconstitutionnelle, peuvent la méconnaître et rendre une sentence conforme à la constitution; mais, bien entendu, leur décision n'a pas de valeur générale et s'applique seulement au cas concret qu'ils ont à juger.[1]

Cependant, s'il n'est pas douteux que les juges doivent appliquer le droit international à côté du droit interne, comment doivent-il le faire? Tout se ramène pour eux à une question de tact et d'habileté dans l'application et l'interprétation.

La matière ayant à la fois un aspect interne et un aspect international, les juges doivent, en ce qui concerne la partie interne de la question, donner la préférence à la législation nationale, et, en ce qui concerne la partie extérieure, à la législation internationale. Ils ne feront ainsi que se conformer à la logique: le droit international et le droit interne ne sont, dans ce cas, l'un vis-à-vis de l'autre qu'un complément.

Mais si le droit interne n'a légiféré que d'une façon incomplète, ce sont les principes du droit international qui serviront alors à éclairer la solution. C'est ce qui a lieu souvent dans la pratique, surtout en matière de droit international privé. Il est rare, en effet, qu'il n'y ait pas dans la législation interne de chaque Etat, des lacunes en ce

[1] V. sur cette matière Duguit, Les transformation du droit public (Paris 1913), chap. III, n° V. Cf. Bryce, La République américaine (traduction française, 2e édit., Paris, 1911), t. I, chap. XXIII.

qui concerne les dispositions de ce droit. Alors les juges s'attachent à suivre la règle de droit international privé généralement admise, sauf dans les cas où elle est en opposition formelle avec les bases fondamentales de la législation établie dans le pays (comme il arriverait, par exemple, s'il fallait admettre une solution de statut personnel dans un pays proclamant exclusivement la territorialité de la loi).

La jurisprudence de tous les pays offre de très nombreuses solutions dans le sens que nous avons indiqué dans les deux numéros précédents omme on l'a très bien fait remarquer, on peut dire qu'il n'y a pas de partie ou de matière du droit international qui n'ait dû être prise en considération par le pouvoir judiciaire: personnalité des Etats; condition juridique internationale de provinces ou territoires particuliers; caractère et nature juridiques des Etats dans les rapports internationaux; effets internationaux de leur formation; droits de l'Etat protecteur ou suzerain à l'égard de l'Etat protégé ou dépendant; nature juridique des rapports survenant entre l'un et l'autre; gouvernements de fait, leur légitimation et leurs effets dans les rapports internationaux; acquisitions de territoires par occupation, leurs qualités nécessaires et leurs effets; incorporations et mutations territoriales, leurs effets à l'égard des traités, des lois, des sentences, des droits civiques des habitants, etc.; transmissions des obligations patrimoniales des Etats dans les mutations territoriales; frontières des Etats; extension de la mer territoriale et nature des droits de l'Etat sur elle; condition juridique des canaux et détroits; condition juridique des navires de commerce et de guerre en haute mer, en mer territoriale, dans les ports; nature et extension des immunités diplomatiques; condition juridique et pouvoirs des consuls dans les pays chrétiens et les pays de capitulations; influence de la guerre sur la durée de la mission diplomatique; nature juridique et effets des traités internationaux, leurs caractères; nature juridique et effets de l'arbitrage international; effets de la guerre sur les traités, sur les rapports juridiques des particuliers; conditions de validité du blocus; actes licites de guerre; occupation en temps de guerre et ses conséquences juridiques, etc. : il ne serait pas difficile de continuer cette énumération déjà longue de cas où les juges d'un pays ont à se préoccuper pour un motif ou un autre, du droit international.[1]

En conséquence de cette compénétration nécessaire du droit interne et du droit international, on a établi à plusieurs reprises qu'une sentence peut être cassée, si elle a violé ou mal appliqué les règles du droit international.[2]

VIII.

3. La matière relèvent des deux droits à la fois l'un se référant à l'autre.

Pour les auteurs allemands et italiens dont nous avons ci-dessus rappelé les doctrines, c'est cette hypothèse qu'ils prennent principalement en considération, en admettant, dans ce cas seulement la compétence du pouvoir judiciaire. La question qu'ils discutent est de savoir si, lorsque la loi nationale se réfère à la loi internationale, il y a transformation de celle-ci en loi nationale, ou s'il y a seulement, selon l'expression employée par ces auteurs, *recezione*, c'est-à-dire réception du droit international dans le droit national (V. ci-dessus, n° III).

Ceux qui partent du principe de la séparation absolue des deux droits, soutiennent, que la loi à laquelle on se réfère se transforme, c'est-à-dire que, si la loi interne se réfère ä la loi internationale, celle-ci devient loi nationale, et réciproquement. Grâce à cette transformation, disentils, disparaît l'hétérogénéité entre des lois d'ordre juridique différent, dont, si elles restaient hétérogènes, l'application simultanée serait impossible.

Pour ceux, au contraire, qui soutiennent qu'il n'existe pas de séparation absolue, ces renvois de l'une à l'autre loi sont des *réceptions* du droit international par le droit interne, ou réciproquement : on entend par là que l'une et l'autre lois servent seule-

[1] V. citation de très nombreuses sentences sur toutes ces matières dans Anzilotti, op. cit, p. 79-83, 159-173 et 300-305.

[2] V. trois sentences citées dans Anzilotti, op. cit., p. 304. Cf. p. 313-315.

ment à se compléter mutuellement, tout en conservant chacune son caractère propre initial.[1]

Cette école italo-allemande donne à la question de savoir si la loi se transforme ou non une grande-importance, pour résoudre problèmes tels que : compétence, interprétation, conséquence de l'infraction des régles, etc. En d'autres termes, elle se propose de déterminer, par la solution de cette question, quels tribunaux sont compétents, comment les deux droits peuvent étre interprétés, si la cassation peut avoir lieu en cas de mauvaise interprétation, et enfin s'il peut y avoir protection diplomatique pour infraction aux règles touchant les deux droits.

Pour ceux qui sont partisans de la *transformation*, la loi internationale perd entièrement son caractère et doit à tous les points de vue ci-dessus indiqués être considérée comme s'l s'agissait d'une loi nationale. Pour ceux qui sont partisans de la *réception*, la loi internationale garde son caractère et, en conséquence, au point de vue de la compétence, le point litigieux doit être porté devant les tribunaux qui, suivant la loi du pays, sont chargés d'appliquer la loi internationale; celle-ci doit être interprétée conformément aux principes du droit international et non selon le système de droit privé du pays.

Pour nous, la question ne saurait offrir de difficulté. Le fait que la loi nationale se réfère à une loi internationale ne peut suffire à transformer le caractère de celle-ci, qui garde intact son caractère international, sauf, toutefois, si la référence est telle que l'intention du législateur ait été de convertir cette loi en loi nationale. Cette dernière possibilité est, d'ailleurs, très rare, étant donné que le droit international n'a pas la précision ni la concrétisation que doit avoir une loi nationale, notamment dans les pays où le droit se trouve fixé et précisé par la codification. Inutile donc de recourir à une fiction de transformation; il faut laisser à la loi internationale et à la loi nationale leur véritable caractère.[2]

. Lorsque, inversement, c'est le droit international qui se réfère au droit interne, il laisse alors en fait la législation nationale libre de régler l'affaire comme elle le croit convenable, et, par là même, le droit international reconnaît la valeur du droit interne dans les limites tracées à ce dernier. Point n'est besoin encore de recourir à la fiction de transformation.

IX.

4. Cas où le droit interne édicte des dispositions contraires au droit international.

Il faut distinguer, s'il s'agit d'une loi contraire à un traité, ou d'une loi contraire à une règle de droit international non conventionnelle.

La première éventualité ne vaut d'être considérée que si la loi est postérieure au traité, car, si elle lui était antérieure, elle se trouverait abrogée par lui, à supposer que les juges ne puissent concilier les textes.

Si la loi est postérieure au traité, les juges doivent d'abord essayer de concilier autant que possible les deux lois. Au cas d'opposition absolue entre elles, rendant toute conciliation impossible, les juges doivent s'en tenir à la loi nationale. Mais alors l'Etat, qui doit cependant respecter le traité, encourra une responsabilité vis-à-vis des autres Etats co-contractants. Cette doctrines est, dans son ensemble, celle qui prévaut auprès des cours de justice des Etats-Unis.[3] Il est fort possible, d'ailleurs, que en vertu de l'opinion moderne qui tend à reconnaître aux juges un pouvoir toujours plus étendu, on arrive sous peu à donner aux juges la faculté de laisser sans effet une loi contraire à un traité antérieur (V. ci-dessus, n° IV).

[1] V. sur cette matière Diena, Considerazioni critiche sul concetto dell' assoluta e completa separazione fra il diritte internazionale e l'interno, notamment p. 19 et suiv.

[2] Dans les pays de Capitulations, nombreux sont les cas dans lèsquels la législation ou les traités qui créent les tribunaux consulaires se réfèrent au droit international. Pour l'application du droit international que font, dans ces cas, les tribunaux consulaires, voir différentes sentences dans Anzilotti, op. cit., p. 71-73.

[3] Supreme Court of the United States, Witney contre Robertson, 1887, dans Brown-Scott, op. cit., p. 422-426.

Deuxième éventualité: la loi est contraire non à un traité, mais à une règle de droit international.

Bien peu nombreux sont les publicistes qui, au point de vue de la doctrine, se sont préoccupés de cette question.[1]

Les autorités nationales, judiciaires ou administratives ou judiciaires doivent toujours autant que possible interpréter les textes de la loi nationale de façon qu'ils n'apparaissent pas en contradiction avec le droit international. C'est une règle élémentaire d'interprétation, comme celle qui s'impose à elles quand elles se trouvent en présence d'une loi contraire à la constitution.[2] Mais, si la contradiction est irréductible, les autorités doivent appliquer la loi nationale, sans s'occuper d'envisager si elle est contraire au droit international; elles n'ont, d'ailleurs, pas qualité pour le faire. Telle est, du moins, la doctrine la plus couramment admise. Aux Etats-Unis même, où la Cour suprême jouit d'un pouvoir si étendu qu'elle peut annuler une loi contraire à la constitution, on ne lui a jamais reconnu, pas plus qu'elle ne se l'est arrogé elle-même, le droit d'annuler une loi contraire au droit international.

Notons, toutefois, que contre cette doctrine, on commence déjà à réagir, de même qu'on réagit à propos de l'observation des lois inconstitutionnelles. Nous sommes certain que bientôt on accordera aux juges le droit de méconnaître une loi contraire au droit international, comme on le fait déjà pour les lois contraires à la constitution.

X.

Nous venons de dire que le juge doit appliquer, la loi nationale, même si elle est contraire à un traité ou à une loi internationale; c'est la caractéristique des tribunaux nationaux à l'inverse des tribunaux internationaux.[3] Mais l'Etat dont les juges dépendent, n'ayant pas le pouvoir de contrecarrer le droit international en édictant des dispositions qui lui soient contraires, est responsable vis-à-vis des étrangers de l'application de la loi nationale par ses tribunaux. Il l'est de la même façon qu'il est responsable quand la loi est insuffisante, dans le sens qu'elle favorise ainsi la violation du droit des gens, ou, quand, sans être contraire à ce droit, elle est injuste.[4] Nombreux ont été les cas de réclamations diplomatiques occasionnés par ces défauts

[1] V. cependant Bluntschli. Le droit international codifié, traduct. Lardy (Paris, 1895), règle 9.—Cf. Holtzendorff et Rivier, Introduction au droit des gens, p. 115.—Pillet, Recherches sur les droits fondamentaux des Etats, 1899, p. 22-23, 28.

[2] V. opinion du juge Marshall, dans le cas de la Charming Betsy, 1804, 2 Cranch, 64, 118; et l'opinion du publiciste Bishop, Criminal Law, 7e édit., 60. (Cités par Brown-Scott, op. cit., p. 22.)

Sur l'interprétation et la mise en vigueur du droit international par les Cours de justice, voir l'adresse de Hon. Simeon E. Baldwin dans la réunion de l'Association de Droit international à Rouen, 1900, sur La part prise par les Cours de justice dans le développement du droit international.

[3] Une des meilleures raisons qu'on donne pour soutenir que les tribunaux de prises qui fonctionnent dans le territoire de l'Etat capteur sont des tribunaux nationaux, et non pas des tribunaux internationaux, comme le prétendent quelques-uns, c'est que ces tribunaux appliquent la loi nationale, malgré qu'elle soit contraire au droit des gens. Si ces tribunaux étaient internationaux, ils procéderaient inversement, c'est-à-dire appliqueraient les règles internationales de préférence aux règles nationales contraires à ce droit, car celles-ci ne les obligent pas.

C'est ce que doit faire notamment la Cour internationale des prises; l'art. 7 de la Convention de 1907, qui l'établit, dit: "La Cour peut ne pas tenir compte des déchéances de procédure édictées par la législation du belligérant capteur, dans les cas où elle estime que les conséquences en sont contraires à la justice et à l'équité." Quand cette Convention fut discutée en commission, on comprit son importance et sa portée. Dans les procès-verbaux, on lit: "S. Exc. M. van den Heuvel: Je désirerais formuler une demande relativement à la portée des dispositions qu'exprime l'article 7.—Est-ce que la Cour des prises sera juge de la légalité internationale des dispositions nationales que peut avoir prises un belligérant capteur, soit sur des questions de fond, soit sur des questions de procédure?—Ainsi, dans le cas où un neutre protesterait contre une disposition légale du capteur, la Cour des prises est-elle autorisée à décider que cette disposition ne peut avoir d'effet parce qu'elle est contraire aux dispositions du droit conventionnel, aux principes généraux du droit international ou aux règles de l'équité? M. Renault déclare que tel est, sans aucun doute, le sens dans lequel les auteurs veulent que l'alinéa soit interprété" (V. Deuxième Conférence internationale de la Paix, Actes et documents. La Haye, 1909, t. II, p. 24).

[4] V. pour la doctrine en cas d'injustice de la loi, Holtzendorff et Rivier, op. cit., p. 116-120. Cf. Oppenheim, International Law (2e édit., 1912), t. I, § 22-24.

de la loi nationale, ou l'injustice des sentences des tribunaux; ils ont été ordinairement soumis à l'arbitrage. L'arbitre dans ce cas n'abroge pas la loi, ni n'annulle la sentence injuste; l'une et l'autre gardent toute leur efficacité dans le territoire de l'Etat, mais celui-ci doit payer des indemnités pour le préjudice causé par la violation du droit international.[1]

En Europe, le cas le plus connu est celui de "l'Alabama." Les Etats-Unis faisaient grief à l'Angleterre d'avoir, par son attitude, en s'en tenant à sa législation particulière, violé la neutralité, en n'empêchant pas ses nationaux de prêter aide aux Sudistes, surtout en leur construisant des navires. Ils soutenaient que si la législation anglaise était insuffisante pour réprimer ces actes, cela ne les libérait pas de l'obligation d'observer la neutralité qui dérivait du droit international. Une sentence demeurée célèbre leur donna gain de cause, en décidant que les défauts de sa législation ne dispensaient pas l'Angleterre d'accomplir ses devoirs internationaux.

Les secrétaires d'Etat et les Cours de justice des Etats-Unis ont énoncé à plusieurs reprises que la législation d'un pays ne peut édicter, concernant les citoyens d'un autre pays, des dispositions contraires au droit international.[2]

Un cas très important s'est présenté avec l'Espagne en 1894.[3]

Autre cas: par ukase du 7 septembre 1821, relatif au détroit de Behring, l'empereur de Russie avait édicté entre autres dispositions qu'il était défendu à tous vaisseaux étrangers, sauf en cas de détresse, "non seulement d'aborder sur les côtes et les îles appartenant à la Russie, mais aussi d'en approcher à une distance moindre de cent milles italiens." Le secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Quincy Adams, par communication du 30 janvier-11 février 1822, protesta contre cette mesure, en alléguant qu'elle était contraire au droit international et qu'en conséquence elle ne pouvait avoir de valeur. La Grande-Bretagne protesta aussi contre cet ukase. La question fut tranchée par les Conventions du 17 avril 1824 entre les Etats-Unis et la Russie.[4]

Mais c'est en Amérique que se sont présentés les cas les plus intéressants et c'est d'eux que nous allons nous occuper.

Quelques Etats latins, pour se mettre à couvert contre certaines réclamations des Etats européens, parfois injustes ou contraires au droit international, ont établi dans leur législation interne des dispositions très rigoureuses, afin d'écarter complètement leur responsabilité ou du moins de la limiter autant que possible, en cas de dommage causé aux étrangers sur leur territoire. Ainsi ils ont défendu aux étrangers de demander la protection diplomatique; ou bien ils ont inséré dans leur Constitution une clause d'après laquelle tout contrat passé avec les étrangers devrait stipuler que ces derniers renoncent à la protection diplomatique.[5] Plusieurs gouvernements se sont élevés contre cette manière de faire, en déclarant que leurs ressortissants devaient être traités au sujet de leurs réclamations, non d'après les lois du pays où ils se trouvaient, mais d'après les principes du droit international.

Voici trois cas qui méritent d'être cités:

Le 27 septembre 1886, le gouvernement de Salvador promulgua une loi qui restreignait le droit des étrangers à réclamer l'intervention diplomatique; le gouvernement des Etats-Unis et celui de l'Angleterre protestèrent en déclarant cette loi contraire au droit international.[6]

En 1888, le gouvernement de l'Equateur édicta une loi par laquelle le gouvernement déclinait toute responsabilité en cas de dommages subis par ses nationaux ou les étrangers à l'occasion de guerres civiles ou de troubles intérieurs. Le Corps diplo-

---

[1] Ce même procédé a été étendu dernièrement à la Cour des Prises, selon la Convention, souscrite à La Haye le 19 septembre, 1910.

[2] Moore, op. cit., t. I, p. 4-6, et t. VI, p. 310. Les Etats-Unis ont toujours soutenu la nullité du renoncement de leurs citoyens à invoquer dans ce cas là l'action diplomatique. Moore, op. cit., t. VI, p. 293-309 et 705 et suiv.

[3] Idem, t. VI, p. 1017-1021.

[4] Idem, t. I, p. 462-464 et 890-891, et t. VI, p. 412.

[5] Alvarez, Le droit international américain, p. 118 et seq.

[6] Moore, op. cit., t. VI, p. 267-268.—Cf. State Papers, t. LXXVII, p. 116.

matique résidant à Quito protesta contre ces dispositions, en les déclarant contraires au droit international. Le gouvernement des Etats-Unis, dans une communication du 24 octobre à ses représentants à Quito, protesta contre ladite loi en des termes énergiques. Il disait que ces dispositions étaient "généralement et substantiellement contraires aux principes du droit international par lequel, à l'exclusion de la législation nationale, les responsabilités des gouvernements l'un envers l'autre doivent être en définitive déterminées." [1]

Non moins importantes furent les protestations diplomatiques contre la loi du Brésil de 1894. Le gouvernement, a propos d'un projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, les souverains ou chefs d'Etats étrangers, voté par l'Institut de droit international à sa session de Hambourg, en septembre 1891,[2] édicta la loi du 20 novembre 1894, par laquelle la Cour suprême fedérale a compétence pour connaître des réclamations des gouvernements étrangers contre Brésil. Le Ministre des Affaires étrangères de cet Etat, par une circulaire du 31 décembre de la même année aux légations accréditées devant son pays, leur envoya le texte de cette loi; il s'efforçait en même temps de justifier son caractère international et exprimait le désir que le Suprême Tribunal fédéral, d'après les facultés que lui accordait la nouvelle loi, fut un véritable tribunal de reclamations.[3]

Les légations d'Allemagne et de Grande-Bretagne, par leurs communications respectives du 5 février et du 29 juin de l'année suivante, experimèrent au gouvernement brésilien que cette loi ne pouvait en aucune façon altérer les principes de droit international qui regissent cette matière.[4]

A la session de l'Institut de droit international, réunie à Neufchâtel, en 1900, on s'occupa de la responsabilité des Etats, spécialement en raison des dommages causés à des étrangers à la suite d'insurrections ou de guerres civiles. On discuta, faisant allusion à la loi brésilienne de 1894, la question de savoir si la législation interne d'un pays peut entraver l'action diplomatique. Les publicistes qui prirent part aux débats s'accordèrent à dire que cette action est régie exclusivement par le droit international et que, quand on a le droit de l'exercer, elle ne doit pas être paralysée par le fait d'obliger les intéressés à recourir aux tribunaux du pays contre lequel ils réclament. Ils furent d'accord aussi que le recours aux tribunaux n'empêche pas l'Etat auquel appartient l'intéressé d'entamer une action diplomatique en sa faveur, s'il y a lieu.[5]

Mais si les Etats de l'Amérique ont exagéré parfois les restrictions aux réclamations diplomatiques, ils ont toujours reconnu comme un principe du droit international la faculté pour un Etat de réclamer quand ses ressortissants ont été victimes, d'un déni de justice ou d'une violation des règles du droit des gens.

Dans plusieurs conventions passées avec les Etats de l'Europe pour régler les cas de réclamation diplomatique, les Etats de l'Amérique latine ont reconnu ce principe. A la deuxième Conférence pan-américaine, réunie à Mexico en 1901, ils ont signé une convention relative "aux droits des éttrangers." L'article 3 s'exprime ainsi:

Dans tous les cas oú un étranger aurait à faire des réclamations ou des plaintes d'ordre civil, criminal ou administratif, contre un Etat ou ses nationaux, il devra présenter sa demande devant le tribunal compétent du pays, et on ne pourra réclamer par la voie diplomatique que dans les cas où il y aurait eu, de la part dudit tribunal,

---

[1] V. sur cette matière Moore, op. cit., t. I, p. 6.—Cf. Conferencia Internacional Americana (édition officielle). Washington, 1890, t. II, p. 973-974.

[2] V. Annuaire de l'Institut de droit international, t. XI, p. 436-437.

[3] Relatorio apresentado ao Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil, pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, 1895, Annexe n° 2, pp. 104-105.

[4] Relatorio, cité, 1896, p. 11-17.—Cf. Relatorio, 1895, p. 90-94.

[5] Annuaire précité, t. XVIII, 1900, p. 251-252. Observons encore que parfois les Etats de l'Amérique latine ont déclaré rebelles ou pirates ceux qui prennent part à des guerres civiles, et également leurs vaisseaux Mais les Puissances neutres n'ont jamais consenti à regarder comme tels les individus visés, non plus que leurs vaisseaux, car des déclarations de cette nature sont contraires au droit international. Alvarez, Le droit international américain, p. 73.

déni manifeste de justice, ou retard anormal, ou *violation évidente des principes du droti international.*[1]

XI.

La question si importante des rapports entre le droit national et le droit international a été dernièrement résolue en Amérique dans le No. VI de la Déclaration des droits et devoirs des nations votée par l'Institut américain de droit international dans sa session qui eut lieu à Washington en 1916. Le texte de cette Déclaration et son commentaire officiel est le suivant:

VI. Le droit international est, tout à la fois, national et international, national au sens qu'il est la loi du pays et s'applique comme tel á la décision des questions qui mettent en jeu ses principes, international dans le sens qu'il est la loi de la société des nations et, comme tel, s'applique à toutes questions entre les membres de la société des nations qui mettent en jeu ses principes.

Le droit international, appelé, dès lors, droit des gens, était, avant l'indépendance des Etats-Unis, reconnu par les juges et commentateurs comme une partie intégrale du droit commun d'Angleterre, et, postérieurement, par les juges et commentateurs des Etats-Unis comme adopté, du même coup, par l'adoption du droit commun d'Angleterre, dont il formait partie intégrale. Ainsi, dans l'affaire *Buvot* c. *Barbuit* (rapportée dans *Cases Tempore Talbot*, p. 281), jugée par le Lord Chancelier Talbot en 1733, ce distingué et intègre magistrat aurait, au rapport de Lord Mansfield, ornement du barreau, qui plaidait dans l'affaire, prononcé les paroles suivantes:

Le droit international, dans sa totalité, est une partie de droit d'Angleterre. La loi du Parlement ne fait que la déclarer, à l'occasion d'un incident particulier. Le droit des gens doit être recueilli de la pratique des différentes nations et de la doctrine des auteurs.

Dans le cas de *Triquet* c. *Bath* (rapporté dans 3 *Burrow*, p. 1478), décidé par la Cour du Banc du Roi en 1764, un jugement de Lord Mansfield, citant le jugement de Lord Talbot dans *Buvot* c. *Barbuit*, que le droit international était une partie du droit d'Angleterre, et, trois ans plus tard, dans la célèbre affaire de *Heathfield* c. *Chilton* (rapportée dans 4 *Burrow*, p. 2015), le grand juge Mansfield réitera son opinion disant que—

les privilèges des ministres publics et leur suite reposent sur la loi des nations, qui est une partie du droit commun d'Angleterre. Et la loi du Parlement de 7 Ann. c. 12 n'a eu ni la pensée, ni le pouvoir de modifier le droit international.

Le distingué commentateur, Sir William Blackstone, qui plaida les deux affaires devant Lord Mansfield, écrivit, dans la première édition du quatrième volume de ses Commentaires sur les lois d'Angelterre, publiée en 1769, que—

Le droit des gens (toutes les fois qu'une question s'élève qui régulièrement fait l'objet de sa juridiction) est adopté ici dans sa totalité par le droit commun, et tenu

[1] La réclamation diplomatique formulée par les gouvernements est régie entièrement par le droit international; par suite, la réclamation du particulier lésé perd son caractère individuel pour faire place à l'action d'Etat à Etat.

En conséquence de ce principe, un pays n'est pas tenu de prêter son concurs à un de ses nationaux qui le demande et justifie de son droit; de même, un Etat peut exigir réparation du dommage causé à l'un quelconque de ses nationaux, quand il croit qu'il y a eu offense à la dignité du pays, alors que l'individu lésé ne demande rien ou qu'il déclare renoncer à exiger une indemnité.

Pour le même motif, l'Etat réclamant peut se refuser à reconnaître les transactions ou autres accords que l'individu protégé a conclus avec le gouvernement contre lequel il réclame; il peut aussi passer des transactions ou des accords sans le consentement de cet individu ou même se désister de toute réclamation, s'il le juge convenable.

Quant au paiement des imdemnités, il doit être fait non pas au particulier intéressé, mais au gouvernement réclamant, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses agents diplomatiques, sans qu'on puisse s'excuser de le faire en arguant qu'il existe une résolution judiciare nationale qui s'opposerait à ce paiement. C'est ensuite une question qui concerne la législation interne de chaque pays, de déterminer de quelle façon le gouvernement doit procéder à la répartition de l'indemnité obtenue entre les individus lésés. Le gouvernement des Etats-Unis a adopté cette doctrine. (Moore, op. cit., t. VI, p. 616, 1015-1022, 1026-1027 et 1032. Quant à la manière dont le gouvernement effectue le paiement à ses protégés, V. même volume, p. 1030-1034.)

pour une partie du droit du pays. Les lois du Parlement qui, de temps en temps, ont été faites pour la mise en vigueur de cette loi universelle ou la facilité de l'exécution de ses décisions, ne doivent pas être considérées comme introductives d'une nouvelle règle, mais simplement comme déclaratives des anciennes constitutions fondamentales du Royaume, qui, sans cela, cesserait d'être une partie du monde civilisé.

Conformément aux vues des juges d'Angleterre interprétant et appliquant le droit commun, et en se fondant sur le langage exprès de l'illustre commentateur anglais, dont ils avaient appris le droit, les hommes d'Etat de la Révolution de l'Amérique du Nord ont compris et pensé que le droit international était une partie du droit des Etats-Unis. Ainsi, Thomas Jefferson, Secrétaire d'Etat sous l'administration de Washington, se référa, en 1793, aux "lois du pays, dont le droit des gens forme partie intégrale." (*American State Papers, Foreign Relations*, Vol. 1, p. 150.) Son grand adversaire, Alexandre Hamilton, différant à plus d'un égard de Thomas Jefferson, s'accordait néanmoins avec lui sur ce que le droit international était une partie du droit du pays, et l'expliquait d'une manière plus développée que M. Jefferson dans le passage suivant extrait des essais que Hamilton, sous le peusdonyme de Camillus, écrivait pour la presse, en 1795, en défense du traité de Jay:

On peut se poser une question: cette loi coutumière des nations, telle qu'elle a été établie en Europe, oblige-t-elle les Etats-Unis? Une réponse affirmative s'appuie sur ces raisons décisives:

1. Les Etats-Unis, lorsqu'ils étaient membres de l'Empire Colonial Britannique, étaient, en cette qualité, parties à cette loi, et, ne l'ayant pas répudiée quand ils sont devenus indépendants, doivent être considérés comme n'ayant pas cessé d'y être parties.
2. Le droit commun d'Angleterre, qui a été et qui est en vigueur dans chacun de ces Etats, adopte et s'incorpore le droit des gens, tant positif que naturel.
3. Depuis le moment où nous sommes devenus une nation indépendante, nous avons fait appel au droit international moderne, tel qu'il est compris en Europe, et nous avons agi conformément à cette loi: les diverses résolutions du Congrès durant notre Révolution, la correspondance des fonctionnaires de l'exécutif, les décisions de nos cours d'amirauté reconnaissent toutes ce principe.
4. Les actes exécutifs et législatifs, et les procédures de nos cours sous le gouvernement actuel, parlent un langage semblable. La proclamation présidentielle de neutralité se réfère expressément au *moderne* droit des gens, qui doit nécessairement s'entendre de celui qui prévaut en Europe, et auquel a accédé ce pays: et la voix générale de notre nation, aussi bien que les arguments même employés contre le traité, s'accordent sur le même point. Il est indiscutable que le droit des gens coutumier d'Europe est une partie du droit commun d'Angleterre, et, par adoption, des Etats-Unis.

Une récente décision de la Cour Suprême des Etats-Unis définit le rapport du droit international à la loi interne, tel qu'il a été fixé par Sir William Backstone dans ses *Commentaires* avant la Révolution américaine. Ainsi, dans l'affaire du *Paquete Habana* (rapportée dans 175 *United States Reports*, pp. 667, 700), décidée en 1899, M. le juge Gray, donnant l'opinion de la Cour, dit:

Le droit international est une partie de notre droit, et il doit être fixé et administré par les Cours de justice de juridiction appropriée, aussi souvent que les questions de droit qui en dépendent se présentent pour être jugées. A cette fin, lorsqu'il n'y a ni traite ni acte exécutif ou législatif ou décision judiciaire, on doit se référer aux coutumes et usages des nations civilisées, et, comme preuve de ceux-ci, aux travaux des jurisconsultes et des commentateurs qui, par des années de labeurs, de recherches et d'expérience, se sont particulièrement familiarisés avec les sujets qu'ils traitent. C'est à ces travaux qu'ont recours les tribunaux judiciaires, non pour savoir, d'après la spéculation des auteurs, ce que la loi doit être, mais pour avoir la preuve sûre de ce que la loi est réellement.

On peut dire, pour résumer le rapport du droit international au droit commun d'Angleterre et au droit interne des Etats-Unis, que le droit international est une partie du droit commun d'Angleterre, qu'il a, comme tel, passé dans les colonies anglaises d'Amérique, que, lorsque, à la suite de l'heureuse rébellion, elles ont été admises dans la société des nations, la nouvelle République américaine a reconnu le droit international aussi complètement que le droit international avait reconnu a

République nouvelle. Il était loi interne en Angleterre; il est resté, et est encore, loi interne aux Etats-Unis. Sans exprimer une opinion sur la question discutée de savoir si le droit international mérite in obstracto le nom de droit, les Cours, d'Etat ou Fédérales, prennent connaissance judiciaire de son existence, et, dans des cas appropriés, le mettent à exécution, si bien que, pour l'étudiant ou le praticien, le droit des gens est loi interne ou nationale.

Les Constitutions de certains Etats de l'Amérique Latine reconnaissent expressément le principe du droit anglo-américain que le droit international est une partie de la loi du pays. Ainsi, l'article 106 de la Constitution de la République Dominicaine et l'article 125 de la Constitution du Vénézuéla, qui admet le principe avec certaines limitations. La Constitution de la Colombie, de 1863, déclare expressément que "le droit des gens forme une partie de la législation nationale," et un éminent publiciste américain, spécialement versé dans ces questions, dit qu'on doit entendre que "les autorités du pays ont, dans leur traitement de la neutralité et d'autres questions, reconnu la continuité du principe." Dans d'autres Constitutions des Républiques américaines, le principe n'est pas déclaré en termes exprès. Il est cependant reconnu implicitement, ou dans des cas particuliers, ainsi dans les articles 31, 100 et 101 de la Constitution de la République Argentine; les articles 59, 60 e 61 de la Constitution du Brésil; l'article 73 de la Constitution du Chili; l'article 107 de la Constitution du Honduras; l'article 96 de la Constitution de l'Uruguay, etc., etc.

Les lois des pays de l'Amérique Latine—notamment de celles qui se rapportent à la procédure judiciaire ou à l'organisation de l'autorité judiciaire—reconnaissent, expressément ou implicitement, le principe en question. Dans tous les pays d'Amérique, les règles du droit international ont été considérées comme en vigueur dans leurs proclamations de neutralité lors de la grande guerre européenne.

A l'avenir, on doit expressément admettre comme base du droit public du Nouveau Monde que le droit international est une partie de la législation nationale de chaque pays: non seulement comme un principe de justice, mais comme une mesure nécessaire pour faciliter et fortifier les relations amicales de tous les Etats.

L'expression, sous une forme sommaire, des droits et devoirs des nations, et en particulier de ceux des Républiques Américaines, se retrouve dans ces impressionantes paroles d'un éminent citoyen du Continent américain, Daniel Webster, dans les instructions officielles qu'il écrivait en qualité de Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique:

> Toute nation, une fois reçue, sur sa demande, dans le cercle des gouvernements civilisés, doit comprendre qu'elle n'obtient pas seulement des droits de souveraineté et la dignité du caractère national, mais qu'elle s'oblige à l'observation stricte et fidèle de tous les principes, lois et usages, qui ont obtenu cours parmi les Etats civilisés, t dont l'objet est d'adoucir les rigueurs de la guerre.

The CHAIRMAN. I am sure, gentlemen, that I voice your desires when I thank Dr. Álvarez on your behalf and on behalf of the congress for the scholarly survey he has made of the question, and for the address which he has been good enough to deliver.

The next speaker this morning who honors us with his presence is a publicist and a scholar of the great Republic to the south of us, Dr. Rodrigo Octavio, of the faculty of legal and social sciences of the University of Rio de Janeiro. He will address us this morning upon the question "Method for the Codification of Private International Law." I have very great pleasure in presenting to you Dr. Rodrigo Octavio.

LA MÉTHODE POUR LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Par RODRIGO OCTAVIO,
Consulteur Général de la République, Rio de Janeiro, Brasil.

MÉMOIRE, PROPOSITION ET CONCLUSIONS.

Le sixième paragraphe du programme de la Deuxième Conférence Scientifique Pan-Américaine, par rapport au droit international, droit public et jurisprudence (Sec. VI), contient le problème de la codification du droit international.

Le droit international doit-il être codifié?

Dans le cas affirmatif, cette codification doit-elle être faite par l'entremise des Gouvernements ou par l'action des sociétés scientifiques particulières?

Tels sont les termes dans lesquels la question est posée.

Pour étudier le problème il faut d'abord faire la distinction entre le droit international public et le droit international privé et l'envisager au point de vue de chacune de ces disciplines.

Au moment où nous sommes, il est déjà temps de traiter chacune de ces disciplines, à tout rapport, séparément.

En effet, chacune d'elles par son objet, par ses organes d'élaboration, par ses moyens d'application, a son caractère, et sa nature parfaite et absolument différenciés.

On discute encore si elles ne constituent pas les deux parties d'un même tout; mais personne ne soutient plus que le *droit internatioal privé* soit subordonné à cette science qu'on appelle aujourd'hui *droit international public.*

Le tout, la discipline générale, pourra être le *droit international*, tout court, l'ancien *droit des gens*, le *jus inter gentium*, expression que généralement est attribuée à Zouch mais qui était déjà employée par François de Victoria, qui a vécu un siècle avant (1480–1546): *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentium.*

Dans le sens large, et bien imprécis, du reste, d'ensemble des règles et des principes qui régissent, ou doivent régir, les rapports des peuples, rapports qui peuvent être d'ordre privé, il n'y a place pour ce corps de doctrine qu'on appelle, très maladroitement, le *droit international privé.*

Mais ce qu'on appelle normalement *droit international*, à qui modernement on ajoute le restrictif *public*, est particulièrement l'ensemble des règles et principes sur les relations d'ordre public entre les nations en état de paix, de guerre et de neutralité.

Il est évident qu'à ce point de vue échappent au Droit International les questions à propos d'état et capacité des individus, rapports de famille, rapports de propriété, mariage et divorce, successions, contrats, obligations, exécution de jugements, dont la fixation de la loi qui les doit régir, dans certains cas, très nombreux en ce moment où la vie juridique de la société internationale est si intense, constitue l'objet du *droit international privé.*

Dans de telles circonstances, laissant même ouverte la question doctrinaire de la classification ou filiation scientifique de deux corps de principes, dans l'intérêt de la pratique, les deux disciplines devraient être séparément traitées, au point de vue de l'enseignement, comme au point de vue de l'élaboration législative.

Aux écoles, où, dans quelques pays encore, on trouve l'enseignement de deux disciplines réuni dans la même chaire, la séparation s'impose, non seulement au point de vue du professeur, comme à celui des élèves; avec

la diversité des matières étudiées par ces disciplines et, surtout, en face des difficultés du droit international privé qui, lui seul, doit absorber l'activité d'un professeur, les deux matières doivent avoir des professeurs différents.

Le savant professeur français Thaller a appelé le droit international privé, *science de broussailles*, et Pillet, dont la lucidité éclairat d'une nouvelle lumière toutes ses arides contreverses, rapporte que Butler, cité par Lorimer, a dit que cette science inspire à qui la cultive de l'humilité pour lui-même et de la charité pour les autres.[1]

De plus la préparation des élèves pour recevoir l'enseignement de chacune de ces disciplines ne doit pas être la même; pour apprendre le droit international public il ne faut pas être déjà instruit sur les matières du droit privé national; et, pourtant, on ne peut étudier le droit international privé sans la connaissance entière de toutes les branches du droit privé et encore du droit pénal et de la procédure. On peut étudier le droit international public au commencement d'un programme d'études d'une école; l'étude du droit international privé doit en être le couronnement. On ne peut être initié dans ses difficultés, complexités et subtilités sans une connaissance des autres parties de la science juridique dont le droit international privé s'occupe pour régler leur application aux relations d'ordre privé de la société internationale.

Au point de vue de l'élaboration législative, c'est-à-dire de la transformation des règles scientifiques du droit international privé et du droit international public en droit positif, obligatoire, la différentiation doit aussi être faite.

Le droit international public n'a pas d'organes normaux d'élaboration, n'a pas de tribunaux ordinaires pour son application, ou pour connaître de ses transgressions; le droit international privé est pourvu de tout cela parce que ses règles et principes sont introduits dans les lois nationales par les législatures normales, et son application, le cas échéant, est faite par les tribunaux ordinaires de chaque Etat, et si fréquemment que le droit anglo-américain le tient, tout à fait, comme une branche du droit national.

Ce traitement différent, donné à chacun des deux corps de droit au point de vue de son élaboration, doit être pris en considération quand il s'agit de pourvoir à leur élaboration collective par les nations.

Il est clair que cette élaboration collective est nécessaire, et l'humanité a si bien compris cette vérité, que Joséphus Jitta a pu remarquer, avec raison, que la caractéristique de la dernière moitié du XIXme siècle a été son effort collectif pour l'œuvre de la codification internationale.

Les relations qui traitent ces disciplines s'établissent toujours entre deux Etats divers ou au sujet de deux lois diverses; elles ressortent, donc, de plus d'une souveraineté nationale et ainsi, pour leur utile et pratique formation, en tant que loi, il ne suffit pas de l'intervention d'une seule souveraineté.

Par rapport au droit international public, le fait est indiscutable, et la forme nécessaire par laquelle ses principes et règles deviennent obligatoire est le traité, établi par deux ou plusieurs Etats souverains.

Même au sujet du droit international privé, la situation spéciale que nous avons déjà signalée, au sujet de son élaboration particulière et de son application par les tribunaux locaux, ne résout pas de problème, qui est toujours international, dans ce sens, qu'il intéresse toujours plus d'une loi nationale.

La continuité de la vie juridique de la société internationale et les intérêts des relations économiques et privées, chaque fois plus considérables entre peuples différents, exigent une harmonie qui ne peut ressortir que d'une entente entre les législateurs, au sujet des règles sur l'application des lois nationales et

[1] Principes de droit international privé, p. 23.

étrangères, objet du droit international privé, qui surgit précisément du manque d'harmonie entre la vie juridique de l'humanité et le droit positif des peuples, pour assurer l'application générale du droit dans les relations individuelles, malgré la diversité des sources juridiques et la multiplicité des juridictions.[1]

Ces faits posés, la conclusion est qu'une codification internationale de ces matières est tout à fait désirable, mais qu'il ne faut pas penser d'entreprendre, dans le même effort et de la même façon, l'œuvre commune.

Je pense que le succès de l'enterprise dépend, en grande partie, de la division absolue du travail. Non seulement les personnes à qui incombent l'honneur de cette double charge, ne peuvent être les mêmes, mais aussi les conditions favorables pour qu'on s'occupe de l'une ou de l'autre de ces objectifs sont tout à fait dissemblables.

Comme nous l'avons déjà signalé, chacune de ces codifications vise des relations tout à fait diverses; d'un côté, des relations d'ordre public et même politique des Etats entre eux; d'un autre côtè, des relations d'ordre privé entre les individus; il est évident que pour qu'on puisse s'occuper de l'une et de l'autre de ces questions, dans leur ensemble, l'atmosphère ne doit pas être la même, donc chacun de ces travaux doit venir en son temps.

La codification du droit international public est pultôt une œuvre politique; il faut attendre le moment propice, l'opportunité pour la tenter; en l'entreprenant on n'entre pas, comme pour le droit international privé, proprement dans le domaine du droit, dans le domaine de l'accomodation des lois déjà faites et en exécution, par l'établissement d'une règle d'application dans les cas de conflits découlant de leur diversité.

En travaillant à sa codification on ne rencontre pas le droit écrit, accepté et promulgué par les nations civilisées; on pénètre dans le domaine théorique des principes que les nations civilisées acceptent, il est vrai, et mettent en pratique, non pas forcées par des lois, qui les y obligent, mais parce que cette façon d'agir leur est dictée par un sentiment de justice qui constitue quelque chose comme la conscience juridique de l'humanité.

La nature particulière des questions qui constituent l'objet du droit international public, ensemble de règles et de principes régulateurs des relations entre Etats, comprenant, à plusieurs points de vue, des attributs de souveraineté et enveloppant les fameux intérêts essentiels et vitaux des nations, a constitué un obstacle à ce que les Etats souverains veuillent compromettre leur liberté d'action en s'assujetissant à des normes nettes et bien déterminées.

Il est très peu probable que le droit international public, dans son ensemble, doive un jour prendre corps dans un code universel.

Plusieurs des questions qui s'y rattachent échappent à toute espèce de sanction juridique et, pour ainsi dire, carrespondent à l'orbite de la morale dans les relations entre individus; de sorte que ces questions ne pourront jamais cesser d'être réglées par des principes abstraits, dont le respect est envisagé plutôt comme un devoir moral par la conscience de la nation, que comme une obligation juridique, par les organes de l'Etat.

Il faut reconnaître, cependant, qu'indépendemment des codes et des lois, en dehors même de l'obligatoriété qui découle des conventions et des traités, l'autorité du droit international public a acquis dans sa marche à travers le temps et l'avenir, malgré de lamentables et douloureuses éclipses, une force coercitive, chaque fois plus accentuée, qui fait passer, comme le remarque

[1] Mon droit international privé dans la législation brésilienne, éd. Société Sirey, Paris, 1915.

Bluntschli, lentement, successivement, les peuples de la barbarie, du règne de la violence et de l'arbitraire, à un ordre de choses plus civilisées.

Le droit international public peut tout au plus être considéré comme une transition de l'idée vague d'une communauté d'intérêts entre les peuples et la reconnaissance complète de l'unité juridique de l'humanité. Un pas est fait vers le but, chaque fois qu'un nouveau principe est compris et mis en pratique par les nations.[1]

Et ainsi, pour le succès de ce régime établi par la force de la civilisation, envahissante et dominatrice, constituant ce qu'on appelle le concert international, véritable air ambiant ou les Etats ne peuvent vivre sans le respect et l'observance de ces principes, on peut bien se passer, dans bien des cas, de Codes et de Traités.

Du reste, cette même remarque répond aussi aux relations d'ordre interne, dans lesquelles les violations du droit ont une portée moins évidente, et des conséquences moins funestes; la loi positive n'est pas indispensable pour l'efficacité du droit, là où les peuples ont la nette notion de sa conscience juridique.

L'indiscutable autorité de la *Common Law*, par exemple, établie par l'usage el traduite dans la jurisprudence en est une éloquente affirmation.

On ne voit, donc, pas le besoin de traduire en textes obligatoires l'ensemble des règles du Droit International Public; et je ne vois pas qu'une entente complète entre toutes les nations pour l'élaboration d'un Code general soit possible. Cela ne veut pas dire, bien sur, que cette entente ne soit pas possible entre deux on quelques Etats, au sujet de plusieurs instituts, ce qui, du reste a déjà été fait par un accord universel.

L'œuvre de la seconde conférence de la paix, tenue á La Haye en 1907, contient sans doute une véritable codification de certaines lois de la guerre et de la neutralité.

Le succès de cette codification partielle ne modifie cependant pas la perspective d'improbabilité de la réglementation entière.

L'accord a été possible à propos de quelques questions secondaires ou d'intérêt évident. Mais, quand on aborde les questions principales comme celle de l'arbitrage obligatoire pour la solution pacifique des conflits ou la constitution d'un tribunal permanent, questions qui contiennent des éléments indispensables pour la sanction des autres règles adoptées, pour la création des organes et de la personnalisation du nouveau droit positif, l'entente devient impossible et le principe de l'égalité des souverainetés, qui doit nécessairement être la base de tout système juridique de droit international public, arrive à l'oreille des grandes puissances comme un blasphême irrévérant et osé. Et nous n'avons pas tenu compte de la précariété de la force obligatoire, même des principes traduits en des traités; l'affreux spectacle de la guerre qu'ensanglante notre époque nous éclaire suffisamment sur le respect qu'on a pour les traités les plus solennels, pour les conventions les plus volontairement arrétées et acceptées.

En face de ces considérations et étant donnée une plus evidente possibilité juridique d'une codification universelle du droit international privé, dont les règles ont déjà partout des tribunaux judiciaires pour assurer l'effectivité de leurs dispositifs, c'est au sujet du droit international privé que je viens occuper l'attention de cette conférence ayant l'honneur de lui suggérer quelques idées.

Signalons, cependant, dès le début, que malgré cette possibilité constatée, l'entreprise se heurte encore à des obstacles très sérieux.

Au sujet de l'un de ces obstacles, on constate avec plaisir qu'au moins par rapport aux Etats-Unis d'Amérique, il est en train d'être surmonté.

[1] Le droit international codifié, p. 5.

Cet obstacle est constitué par l'esprit traditionnaliste du droit anglo-saxon, dont la doctrine de l'Angleterre de Blackstone et de Burge s'est retrouvée dans l'Amérique de Story et de Wheaton et selon laquelle les règles pour la solution des conflits de lois dans l'espace sont un aspect du droit national et son élaboration ressort de la compétence privative des législatures de ces pays.

En dehors de l'intransigence de ce principe, fixé par le *common law*, avant même que l'établissement de la théorie des statuts ait marqué dans l'Europe Continentale le commencement de la transformation des idées sur la condition civile de l'étranger, il faut encore prendre en considération le caractère spécial de la jurisprudence des tribunaux anglo-américains et leur prépondérante influence dans la formation du droit.

Et par le fait du manque d'uniformité dans le droit privé des différentes parties de l'Empire Britannique, comme dans les divers Etats de l'Union Américaine, ce qui produit de très fréquents cas de conflits entre les respectives lois nationales, la jurisprudence par rapport à ces matières, ainsi que la littérature juridique a ce sujet sont considérables dans ces pays. Par conséquent, au sujet d'un grand nombre de cas, qui devraient être régis, par les lois universelles de droit international privé, il y a aux Etats-Unis d'Amérique, comme dans l'Empire Britannique, des principes fixés par la jurisprudence et incorporés au *common law* dont l'abrogation ou même la modification serait très difficile à faire accepter par l'esprit conservateur de ces peuples.

Ces considérations ont conduit ces deux pays à s'abstenir de prendre part aux travaux des conférences de La Haye, déjà quatre fois réunies pour s'occuper de la codification du droit international privé.

On sait que lors de la première conférence Pan-Américaine, réunie à Washington en 1889, les délégués américains, MM. Trescot et Henderson, se sont opposés vivement à la proposition relative à la codification du droit international privé sur le fondement que l'Union, qui seule avait personnalité internationale, n'avait pas compétence pour s'engager au sujet des questions de droit privé dont l'élaboration législative constituait une attribution des législatures des Etats, ayant même M. Henderson affirmé, que si un jour le Congrès Fédéral des Etats-Unis venait à s'occuper de projets de lois concernant la *majorité*, les *mariages*, les *successions* et d'autres de la même nature, le peuple de son pays aurait été stupéfait.[1]

Heureusement que les Etats-Unis sont revenus sur cette opinion restrictive.

Leurs délégués à la Conférence Pan-Américaine de Rio-de-Janeiro ont voté la convention du 23 août 1906, qui a créé une commission internationale de juristes pour la préparation des codes de droit international privé et de droit international public; cette convention a été approuvée par le Congrés des Etats-Unis et les délégués nommés pour participer aux travaux de la commission sont déjà dans l'exercice de leurs fonctions.

Voilà, d'une façon bien marquée, la preuve qu'aux Etats-Unis on ne pense plus comme pensaient les délégués américains à la conférence de 1889.

Cela est fort heureux et ils ont eu raison, car quand il s'agit de la formation du droit international privé, il ne s'agit pas de fixer directement des règles et des principes de droit privé, du ressort des législatures des Etats, aux Etats-Unis; ces principes sont établis librement par l'organe compétent de chaque Etat, selon la nature de ses institutions et l'intérêt des peuples respectifs; le droit international privé ne vise pas à faire des lois de droit privé, ni changer ou modifier les lois particulières de cette nature déjà existantes, mais seulement à établir des règles pour l'application de l'une ou de l'autre de ces lois déjà existantes, dans le cas où il y a doute dans

[1] Int. American conference. Reports of committees and discussions thereon, p. 907.

le choix entre deux d'entre elles d'accord avec la nature de la relation juridique en cause; ces dispositifs ne sont pas proprement de droit privé, réglant directement les rapports d'ordre privé entre individus, mais positivement des règles d'ordre public destinés à fixer la compétence juridictionnelle des lois, où, selon l'expression consacrée de Savigny, leur empire dans l'espace.

Surmontée, donc, la difficulté par les Etats-Unis, la persistance de l'Empire Britannique dans son point de vue ne nous gêne pas, parce que nous n'étudions le problème que pour les Etats indépendants du continent américain.

Mais il y a une autre difficulté qui est très sérieuse, celle que découle de la divergence entre le principe de la nationalité et le principe du domicile pour déterminer la loi personnelle, c'est-à-dire, la loi qui doit régler les questions d'etat et de capacité des individus et les relations de famille.

A propos de cette question et tout en défendant l'avantage de trancher cette difficulté dans l'intérét de la codification internationale, j'ai prononcé, dans une des conférences que j'ai eu l'honneur dêtre admis à faire à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, en 1913, les observations suivantes:

"C'est un principe admis par tout le monde que les questions en rapport avec l'état et la capacité des individus et leurs relations de famille se régissent par leur loi personnelle.

"La divergence, cependant, éclate quand on tient á vérifier quelle doit être cette loi personnelle, celle de la *nationalité* on bien celle du *domicile* de l'auteur du droit.

"Contestation de doctrine que sépare en deux camps opposés écoles et législations, ce n'est pas ici le lieu de l'étudier dans ses fondements et dans ses conséquences.

"Constatons simplement que, étant donnée l'importance des rapports que la loi personnelle doit régler, la portée de la controverse est considérable dans son aspect pratique.

"Sans une entente au sujet de cette question fondamentale, la codification du droit international privé ne pourra être générale en ce qui concerne une des principales branches du droit civil.

"Tout le monde est d'accord pour dire que c'est là un des plus grands obstacles à l'œuvre de cette codification indispensable pour assurer la vie juridique de la société internationale, c'est-à-dire des étrangers habitant hors de leur patrie.

"La question consiste, dans son aspect pratique, dans le fait de savoir par quelle loi elle doit être régiée en face de telle relation juridique d'ordre personnel, de quelle façon on doit la régler: si d'accord avec la loi nationale, ou bien d'accord avec celle du domicile. Dans le cas, par exemple, d'une succession *mortis causa*, laquelle de ces lois doit régler la vocation héréditaire; dans le cas d'un contrat, laquelle de ces lois doit prévaloir pour déterminer la capacité des contractants?

"Quelques pays comme la France, l'Italie et la généralité des Etats européens, ainsi que le Brésil, répondent que, dans ces cas, c'est la loi nationale qui doit être appliquée; quelques autres comme la Grande-Bretagne, le Danemark, l'Autriche-Hongrie, les Etats-Unis d'Amérique, l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay, sont pour l'application de la loi du domicile. Cette énonciation suffit pour faire ressortir l'importance des questions affectées par le différend, ainsi que celle du différend lui-même.

"On a eu en Amérique du Sud un exemple pratique de cette difficulté. Au Congrès de Montevideo de 1888–1889, dans lequel sept conventions concernant tout le domaine du droit international privé, y compris le droit penal international, ont été élaborés, il n'a pas été possible au Plénipotentiaire Brésilien de souscrire au projet de convention relative au droit civil parce que, sous

l'influence de la République Argentine et de l'Uruguay, qui avaient été les initiateurs du mouvement, cette convention fut établie sur la base du principe de la loi du domicile.

" Ce précédent prouve que toute autre tentative d'entente internationale, à ce point de vue, devra de même échouer, à moins qu'un accord préliminaire n'intervienne quant au sens à donner à ce que l'on appelle la loi personnelle.

" Cette même contestation a surgi lors de la Conférence navale internationale tenue à Londres de décembre 1908 à février 1909.

" Quand il a été question de vérifier si le caractère neutre de la cargaison trouvée dans le navire ennemi devait être déterminé d'accord avec la nationalité ou d'après le domicile du propriétaire, le probleme fut soulevé et on n'a pas trouvé une formule pour le trancher.

" On s'est contenté de maintenir le principe d'après lequel ce caractère découlerait du caractère neutre ou du caractère ennemi du propriétaire, ce qui ne résout pas la question; parce que surtout ce qu'il eût fallu déclarer, c'est justement la loi selon laquelle le caractère du propriétaire devait être déterminé.[1]

" Il est évident que l'adoption d'une formule de transaction s'impose et la nécessité de cet expédient a été nettement posée dans le rapport présenté à l'Association de Droit International (International Law Association) dans sa réunion à Paris le mois de mai 1912, par l'éminent professeur de l'Université d'Amsterdam, M. Joséphus Jitta, sur l'accession de la Grande-Bretagne, des Etats-Unis de l'Amérique du Nord et, en général, des Etats non européens aux traités de La Haye, concernant le droit international privé.

" Dans sa législation particulière chaque Etat s'est maintenu avec sa conviction opposée. Il faut donc, si l'on veut aboutir à un résultat pratique dans l'intérêt universel, que l'on commence par tacher de trouver la formule nécessaire pour rallier tous les Etats aux conventions futures.

" La République Argentine avait convoqué dans la ville de Buenos-Ayres une conférence internationale dans le but spécial de résoudre cette difficulté originaire.[2]

" On ne convoqua cependant à cette réunion que les Etats favorables au principe du domicile, et, de cette façon, l'œuvre de cette conférence, dans laquelle il n'y avait pas de voix pour le principe de nationalité, ne saurait être un travail de conciliation et d'accord, mais elle devait traduire seulement la manière de voir d'une des parties en conflit.

"Pour arriver à une solution satisfaisante il faut que tous, Grecs et Troyens, s'entendent et cherchent le moyen de sortir de cette grande difficulté, afin que l'œuvre commune soit viable, profitable et durable."

Eh bien, ce mémoire a justement pour but de rappeler l'attention et de provoquer l'action des personnes compétentes afin de trancher cette difficulté.

Je ne crois pas que la méthode adoptée par la commission de jurisconsultes créée par la convention de 1906 soit la plus convennable, et j'en vois la preuve dans ce qui s'est déjà passé à la séance de la cinquième sous-commission réunie à Montevideo au commencement de 1913.

Un accord y a été impossible entre les membres de cette commission à propos de la définition de la *loi personnelle*, et de la réunion sont sortis, au lieu d'un projet, deux projets sur des bases opposées, qui seront soumis à la conférence plénière.

Ce n'est pas le moyen de résoudre la difficulté dont la solution, comme nous allons le voir, n'est pas une affaire de majorité mais d'entente.

---

[1] Proceedings of the International Naval Conference, pp. 115–119, 344–370.

[2] Les documents officiels relatifs à cette conférence ont été publiés dans le volume 2, p. 281, et suivants, du Bulletin Argentin de Droit International Privé.

Au lieu de faire élaborer des textes partiels par des sous-commissions, pour être présentés à l'étude de la commission en réunion plénière il fallait d'abord fixer les idées sur les points saillants et notoires de divergences.

Les procédés des conférences de La Haye, organisées et présidées par l'incomparable compétence et sens pratique du grand jurisconsulte Asser, dont la mémoire doit être gardée avec respect et gratitude dans tous les milieux où l'on travaille pour le progrès du droit international et pour le rapprochement des peuples par l'uniformisation du droit, semble plus susceptible de mener à une entente.

Par ce procédé la matière est d'abord soumise à l'examen des intéressés en forme de questionnaire ou sont établis ses aspects principaux.

De cette façon les points de désaccord surgissent et au même temps on constate *ab initio* l'opinion de la majorité sur toutes les questions posées.

Vérifiés, donc, les points de divergence, on cherche d'abord a trouver le terrain de conciliation, et il est évident qu'une fois établi l'accord ou tout au moins une majorité dégagée, il est aisé de rédiger un texte avec chance d'acceptation.

C'est le système, à mon avis, qui doit être adopté pour les travaux collectifs de codification internationale; l'œuvre ne consiste pas à rédiger des textes, mais à fixer des principes; le texte viendra plus tard, ce n'est qu'une affaire de rédaction.

Le système est à peu près celui des bases fixées d'avance et qui a donné un si bon résultat lors de l'élaboration du code civil d'Espagne, en 1889.[1]

Dans le domaine de la codification internationale il y a des questions fondamentales pour lesquelles la majorité ne suffit pas; il leur faut l'accord unanime parce que dans ce terrain il n'y a pas de moyens d'assujetir des Etats souverains à se subordonner aux voix d'une majorité, même écrasante.

Il me souvient qu'au cours des conférences de Bruxelles, pour l'unification du droit maritime, quelques fois l'opinion était unanime à la seule exception de la Grande-Bretagne; mais si la Grande-Bretagne ne se ralliait pas à l'opinion des autres Etats, on ne considérait pas cela une solution et tout était à recommencer parce que ce qu'il fallait, c'était l'accord et non pas la majorité.

La question dont je m'occupe est de ce genre.

Les législations des Etats, donc, leur jurisprudence et leurs habitudes et traditions, sont basées sur l'un ou l'autre de ces principes, et il n'est pas croyable que les Etats soient disposés, les uns ou les autres, à abandonner leur principe légal, principe que fut, il est vrai, adopté le plus souvent, comme nous allons le voir, d'une façon presque mécanique, sans une parfaite conscience de ses conséquences pratiques, mais qui, tout de même, est incorporé au patrimoine de leur droit.

Au Brésil on adopte le principe de la *nationalité*. Ce n'était cependant pas celui du droit portugais traditionnel, qui était le nôtre au temps de la colonie et qui a continué de l'être aprés l'indépendance en 1822.

Mais le principe du domicile n'était pas celui du droit français; ce changement a été introduit par le Code Napoléon, dont le troisième alinéa de l'article 3 statue que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même residant en pays étrangers; et on sait l'extraordinaire et envahissante influence que les principes du code civil ont eu sur les législations des pays nouveaux.

La nouvelle orientation de notre droit sur ce point est l'expression de cette influence. C'est dans les livres français que nos avocats et nos juges allaient

[1] Planiol, Droit Civil, vol. 1, p. 56.

puiser leur instruction, les premiers pour la défense des droits et des intérêts de leurs clients et les autres pour les jugements à prononcer dans les questions qui leur étaient soumises, et, doucement, sans qu'on s'en aperçut, l'infiltration se fit et la transformation s'opéra dans le sens des nouvelles doctrines françaises.

Cependant, notre grand jurisconsulte Teixeira de Freitas, chargé en 1859 par le gouvernement d'élaborer un projet de code civil pour l'Empire, parfait connaisseur du droit national dans sa pureté et en plus disciple passionné de Savigny dont l'influence était alors dans sa plus grande domination, a encore élaboré son remarquable travail, subordonné au principe du domicile.

En effet, les articles 26 et 27 de ce qu'il a très modestement appelé esquisse (esboço) du code civil, statuaient:

"La capacité ou l'incapacité des personnes domiciliées dans quelque partie du territoire du Brésil, nationales ou étrangères, sera jugée par les lois de ce code, même s'il s'agit d'actes pratiques en pays étranger ou de biens existants en pays étranger.

"L'incapacité ou la capacité, quant aux personnes domiciliées hors de l'Empire qu'elles soient nationales ou étrangères, sera jugée par la loi de leur respectif domicile même s'il s'agit d'actes pratiques dans l'Empire ou de biens y existants."

Cepedant l'œuvre de Teixeira de Freitas, par des circonstances notoires chez nous,[1] n'eut pas de suite et son esquisse ne s'est pas convertie dans le projet qui devait être soumis à l'approbation du Parlement pour devenir le code du Brésil.

Et l'élaboration de notre droit, malgré la signification des doctrines proclamées par notre grand jurisconsulte, a continué d'être faite sous le principe de la *nationalité.*

Dans la République Argentine les choses se sont passées dans le sens inverse. Là, comme dans les autres républiques hispano-américaines, dominait le droit espagnol, naturellement influencé par les principes du Code Napoléon.

Mais, la République Argentine, plus heureuse que le Brésil, eut de bonne heure son code civil rédigé et promulgué. La voix autorisée de Teixeira de Freitas a été entendue dans ce pays et l'illustre et savant jurisconsulte argentin Dalmatio Velez Sarsfield, chargé à son tour par son gouvernement de l'élaboration d'un projet de code civil, a puisé largement dans l'œuvre de Teixeira de Freitas, ce monument de sagesse et de précision. Il l'a d'ailleurs très dignement déclaré dans sa lettre du 21 juillet 1865 en remettant son projet aux mains du Ministre de la Justice. Dans cette lettre, le codificateur argentin dit que dans son travail il avait pris en considération les nouveaux codes civils de l'Europe, mais qu'il s'était servi principalement du projet du code civil que M. Teixeira de Freitas était en train de faire pour le Brésil auquel il avait pris un très grand nombre d'articles.

Parmi les articles que Sarsfield a pris à l'esquisse brésilienne se trouvent ceux qui portent les numéros 26 et 27 et que nous avons reproduits. Dans le projet qui a eu la fortune de devenir le code civil de la nation argentine, ils se

[1] Après la rédaction de l'esquisse de son code, Teixeira de Freitas a jugé préférable l'élaboration d'un seul code général de droit privé à la promulgation de deux codes différents, l'un pour les rapports d'ordre civil et l'autre pour les relations commerciales. Dans ce sens, véritable nouveauté en son temps, le jurisconsulte brésilien a présenté au gouvernement un exposé.

Et comme l'idée à ce moment a été trouvée un peu révolutionnaire et pas encore mûre pour être mise en pratique, contrairement à ce qu'on avait fait partout dans le monde civilisé, Teixeira de Freitas n'a plus voulu travailler à une œuvre dont il condamnait la méthode.

On sait bien que des grandes autorités mondiales se battent aujourd'hui pour cette idée qui, dans l'année de 1867, le génie d'un obscur juriste sud-américain avait proclamé avec une extraordinaire vision des progrès du droit.

retrouvent littéralement traduits sous les numéros 6 et 7, et de plus, la note avec laquelle Teixeira de Freitas avait dans son esquisse défendu ses idées, se retrouve également reproduite dans la publication officielle du projet argentin.

Et ce sont justement ces idées et leurs conséquences que M. le Professeur Zeballos a présenté au monde juridique[1] comme la *théorie argentine* de droit international privé; et il est hors de doute qu'elles ont facilité d'une manière considérable, dans la grande république, la consolidation de l'esprit national et la suprématie des lois argentines dans les relations d'ordre privé dans lesquels des étrangers interviennent.

Mais il est d'ailleurs incontestable qu'au moment où ces idées étaient introduites dans le droit argentin, on ne s'aperçut pas de son importance pratique et de sa portée sociale dans l'avenir. Il s'agissait de questions très difficiles, dont l'etude était cantonnée dans un cercle très petit d'initiés; et en 1865, année de l'élaboration, ou en 1871, année de la promulgation du code argentin, même dans les centres les plus cultivés de l'Europe ces questions n'étaient pas encore sorties du terrain de la doctrine.

Jusque en France, une de nations directrices de l'humanité, toujours en première ligne dès qu'il s'agit de science et de progrès scientifique, les savants et insuspects professeurs Lyon Caen & Renault constatent que les travaux du Parlement, lors du vote des lois moratoires "montrent combien, au moins en 1870, les principes du droit international privé étaient ignorés en France."[2]

Sarsfield a introduit certains principes dans son projet de code, parce que, comme notre Teixeira de Freitas, il était partisan des théories de Savigny, qui dominaient encore tous les esprits savants, et avaient ouvert de nouveaux chemins pour la solution des problèmes du droit international privé jusqu'alors résolus impiriquement.

En introduisant de tels principes dans la codification civile de son pays, l'illustre jurisconsulte ne s'apercevait pas de l'importance du bienfait qu'il lui apportait; bienfait qui, à peine dernièrement, avec le développement de l'immigration et la fréquente application de ces principes, a pu être constaté.

Telles ont été les raisons qui m'ont conduit à avancer que l'adoption du principe du domicile dans le droit argentin avait été presque inconsciente, de même qu'on peut dire que l'adoption du principe opposé de la *nationalité* s'est manifestée chez nous, au Brésil, d'une façon spontanée par infiltration des idées françaises.

Et tant il est vrai qu'en Argentine jusqu'a un certain moment on n'avait pas une juste idée de la signification de certaines dispositions du code national, que José E. Uriburu, délégué argentin au Congrès International de Lima, en 1879, a souscrit officiellement la convention y élaborée pour le droit civil international basée sur le principe de la nationalité.

La conférence de Montevideo a surgi justement d'un mouvement de réaction contre les conventions, du reste sans efficacité pratique, de Lima; l'illustre jurisconsulte uruguayen Gonzalo Ramírez, alors Ministre de la République de l'Uruguay auprés du gouvernement argentin, d'accord avec le Ministre des Affaires Etrangeres de ce Gouvernement, Noberto Quirno Costa, tous deux partisans passionnés du principe du domicile, ont provoqué le Congrès de 1889 où quelques conventions furent élaborées et l'une d'entre elles, la convention de droit international civil, basée sur les principes du code argentin, à laquelle le délégué du Brésil ne put donner son adhésion vu les dispositions antagoniques de nos lois.

Il est donc évident que l'un des grands obstacles, sinon le plus grand, à la codification du droit privé, réside dans la *controverse du domicile et de*

[1] Bulletin argentin de droit international privé, Vol. I, pp. 57, 186, 196.

[2] Traité de droit commercial, Vol. IV, No. 663, note I.

la nationalité; et si l'on veut arriver à un résultat pratique, il faut commencer par son élimination.

Nous avons déjà vu qu'on ne peut prétendre obtenir l'adoption générale d'un de ces principes au préjudice de l'autre, la simple constatation d'une majorité n'étant pas suffisante pour rallier les Etats divergents.

Une formule de transaction doit donc être trouvée, et je suggère à la section de droit international de la Conférence Scientifique Pan-Américaine la mise du problème à l'ordre du jour des travaux américains pour la codification du droit international privé.

La question a déjà été traitée, même aux Etats-Unis, au Congrès Universel des Juristes, réuni à St.-Louis, lors de l'Exposition Universelle de 1904 et Mr. S. E. Baldwin, alors conseiller à la Cour Suprême de l'Etat de Connecticut, dans la séance du 29 septembre a bien signalé que la divergence du principe de la nationalité et du principe du domicile ne lui semblait pas un obstacle insurmontable. Mais où le problème de trouver la formule pour trancher le différend a été nettement posé, ce fut à la réunion de l'Association de Droit International (International Law Association) tenue à Paris, en 1912, à laquelle l'éminent jurisconsulte néerlandais Joséphus Jitta, que a eu dernièrement le grand honneur de recueillir la succession d'Asser au Conseil d'Etat de son pays et à la Présidence de la Commission de Droit International Privé, a présenté le 29 mai son rapport, déjà mentionné ici, dans lequel quelques solutions ont été proposées.

Jitta présente trois formes de transactions, une desquelles avait mérité la défense du Ministre d'Etat Asser dans une communication faite en 1906 à *l'Institut de Droit International.*

Citons aussi, en 1908, l'initiative de Mr. le Professeur Zeballos dont on a déjà parlé ici et qui est une très clairvoyante contribution à l'étude du problème.

Il n'y a donc qu'a donner suite à ces tentatives et à tacher d'une façon intelligente et persévérante d'aboutir à un résultat définitif.

Je tiens, quant à moi, que la formule de l'entente doit être cherchée dans la particularisation des cas qui doivent être régis par l'un ou l'autre des principes. Sans l'adoption absolue de l'un de ces principes on peut trouver une ligne frontière qui divise les cas où chacun d'eux est applicable.

L'idée dominante pour définir aujourd'hui le principe de l'application des lois, est cherchée dans la nature du rapport en cause.

Il serait peut-être possible, par l'adoption de cette règle à tous les rapports subordonnés à la loi personnelle, d'établir un accord ayant pour but de bien déterminer les rapports pour lesquels la loi personnelle doit être la loi *nationale* et ceux pour lesquels cette loi doit être celle du *domicile.*

Je pense que cette norme pourra peut-être mener à un résultat satisfaisant, parce que même les partisans inconditionnels de l'un ou de l'autre de ces principes sont d'accord pour admettre qu'il y a des rapports qui doivent être régis par le principe opposé au leur.

Prenons un exemple très récent et pris parmi les Italiens, qui, comme on le sait, sont, depuis Mancini, les paladins de la théorie de la nationalité; dans une très intéressante étude du Professeur J C. Buzzatti sur *l'Unification du droit relatif à la lettre de change et au chèque,* publié dans le Tome XIII (2me série) de la *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* je trouve les observations suivantes:

"En ce qui concerne la réglementation internationale de la capacité de s'obliger en matière de lettre de change, je ne cache pas ma préférence pour le système du domicile. Je sais que je vais ainsi à l'encontre de la tendance au-

jourd'hui prédominante qui admet la compétence de la *lex patriae;* mais je dois avouer que si ce principe est parfaitement justifiable en matière civile, en matière commerciale l'ancien criterium du domicile a toute ma sympathie.

"L'Etat où s'exerce et se concentre toute l'activité d'un commerçant est celui où il est domicilié et non celui auquel il appartient par rapport de nationalité: le domicile représente son siége stable, le centre de son existence juridique et le lieu où il acquiert ses qualités distinctives qui doivent le suivre partout, en tant que commerçant. Quand on pense à un négociant, il me semble qu'il n'est pas possible de concevoir celui-ci séparément du lieu, du milieu dans lequel il accomplit, par profession habituelle, des actes de commerce."

Et des exemples, avec la même haute signification de celui-ci, pourraient être reproduits.

Par ce moyen dont j'ai donné une rapide esquisse, ou par un autre quelconque, trouvé par la collaboration intelligente des juristes américains, on doit pouvoir résoudre la difficulté.

Sur la manière pratique de mettre à exécution cette idée féconde, je veux encore présenter quelques suggestions.

Comme il est très facile de s'en apercevoir les idées à ce propos ne sont pas encore mûres pour qu'on puisse se passer d'une préparation de l'entente que nous souhaitons.

On ne doit donc, pas commencer par la convocation d'une réunion pour s'occuper de la matière; il faut tout d'abord, comme je l'ai déjà dit, mettre ce sujet à l'ordre du jour des travaux américains pour la codification du droit international.

Les excellents résultats de la méthode belge pour l'unification du droit maritime peuvent parfaitement nous indiquer le chemin à suivre.

On sait qu'après les travaux des Congrès d'Anvers et de Bruxelles de 1885 et 1888, on s'est aperçu que le moment d'un accord n'était pas encore arrivé, et qu'il fallait préparer les esprits par la discussion et la démonstration pratique des avantages de l'unification du droit maritime.

Alors, la claire intelligence d'Auguste Bernaert, ce fort travailleur pour la paix du monde par la voie du rapprochement juridique des peuples, dont la longue vie si utile et si digne vient d'être éteinte, a créé le *Comité International Maritime d'Anvers* pour organiser, dans tous les pays, des *sociétés nationales de droit maritime.* C'est dans ces sociétés où se rassemblaient tous les compétents en la matière et aussi les personnes intéressées, que les questions étaient étudiées et de cette façon on préparait les esprits pour l'acceptation des transactions nécessaires, afin d'obtenir la conciliation des règles discordantes. De temps en temps les délégués des sociétés nationales et autres personalités étaient convoqués par le Comité d'Anvers en des Congrès où on échangeait des idées et où on prenait des résolutions et où on rédigeait des avant-projets. Et seulement, quand, par cette méthode persévérante et féconde, la propagande était faite et le terrain préparé, le gouvernement belge prenait l'initiative de convoquer les conférences officielles, qui se réunirent deux fois en 1905, en 1909 et en 1910. Ces conférences ont élaboré, alors, les conventions du 23 septembre 1910 sur l'*abordage et l'assistance et sauvetage maritime,* aujourd'hui presque partout acceptées et en exécution, et les projets encore en étude, sur la *responsabilité des propriétaires des navires et sur les hypothèques et privilèges maritimes.*

Nous pourrons, en Amérique, faire quelque chose de semblable en nous adressant à l'*Institut Américain du Droit International.*

Grâce à lui et à l'initiative heureuse de ses illustres fondateurs, des *sociétés nationales de droit international* se sont déjà organisées dans plusieurs pays

américains et d'autres sont déjà en travaux d'organisation. Là où ces sociétés n'existent pas encore on trouvera certainement des sociétés juridiques savantes qui pourront prendre l'affaire en mains.

Ce qu'il faut, c'est mettre en discussion le lourd problème dont je m'occupe dans ce mémoire. L'institut est à même de méthodiser les efforts, en proportionnant l'échange des travaux partiels et en orientant les travaux au moyen de rapports et de questionnaires entre les diverses sociétés, et enfin en se constituant le centre de tout ce mouvement d'idées, de façon à pouvoir, au moment propice, provoquer la convocation d'une conférence internationale pour s'occuper de la matière.

Exposée de cette façon rapide et sans prétention, l'idée que j'ai l'honneur de présenter à cette branche de la Deuxième Conférence Scientifique Pan-Américaine, je condense mes conclusions dans les articles suivants:

CONCLUSIONS.

1. Il est désirable que le droit international soit codifié; les efforts dans ce but doivent, cependant, être faits séparément par rapport au droit international public et au droit international privé.

2. Le choix du moment opportun et des moyens de tenter la codification du droit international est de l'essor des gouvernements des Etats souverains; cette codification pourra être obtenue moins difficilement par des conventions partielles.

3. La codification du droit international privé, que règle les relations des individus entre eux, doit être faite par les gouvernements avec la collaboration des sociétés juridiques particulières.

4. Pour obtenir ce résultat, à tout point de vue nécessaire, il faut d'abord arriver à une entente sur les points où le désaccord des lois ou de la jurisprudence est plus evident.

5. Parmi ces points de désaccord, celui de la divergence à propos de savoir si la loi personnelle doit être celle du *domicile* ou bien celle de la *nationalité*, est le plus sérieux à cause de son importance pratique.

6. On doit donc tout d'abord chercher une entente sur cette question, entente qui ne peut naître que d'une transaction, étant donné qu'il est très difficile, sinon impossible, d'obtenir des Etats l'abandon des principes sur lesquels se sont basées leur lois et leur jurisprudence.

7. Pour obtenir ce résultat il faut un travail de propagande et de préparation dans les milieux intéressés de chaque Etat.

8. C'est à l'Institut Américain de Droit International de prendre l'initiative de mettre ce problème à l'ordre du jour des travaux américains pour la codification du droit international, d'accompagner ces travaux partiels, de mettre en rapport les sociétés nationales de façon à généraliser et unifier ces travaux; enfin à l'institut il appartiendra de provoquer au moment opportun la convocation de la conférence internationale qui doit sanctionner les règles trouvées par les compétents et acceptées par tous comme la formule possible de l'entente.

9. Et dans ce sens, j'ai l'honneur de proposer qu'un vœu soit présenté à la considération de la Deuxième Conférence Scientifique Pan-Américaine.

The CHAIRMAN. Gentlemen, it is not necessary that I should convey to the speaker your congratulations. You have shown that by your generous applause.

I very much regret to have to announce to you that the next speaker scheduled on the program for this morning has not been able to attend. A distinguished fellow-countryman of his, however, is

here and will himself do us the honor to present some views and observations upon the subject of the first paper, namely, The traditional international policy of Argentina. The name which this gentleman bears is one which appeals to us as Americans of the North, because we well know that Señor Sarmiento did us the honor to represent that country in the United States. He was not only the intimate friend of Dr. Horace Mann but was with him a collaborator in the great field of popular education before he returned to his native country, there to achieve a distinction which has made him one of the benefactors of his time. I have the honor to present to you at this time Mr. Sarmiento Laspiur, counselor for the department of foreign affairs of Argentina.

EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO—A PROPÓSITO DE SU UNIFICACIÓN.

Por EDUARDO SARMIENTO LASPIUR,
Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores, Buenos Aires, Argentina.

Señor Presidente, he escuchado con la atención que merece el interesante trabajo de nuestro eminente colega, Doctor Rodrigo Octavio, maestro de Derecho Internacional privado en la Universidad de Río, y desearía completar, si fuera posible, la parte del mismo que se refiere a la legislación de la República Argentina a fin de que nuestros colegas puedan comprender mejor el alcance y propósito de su estudio.

El doctor Octavio, nos ha dicho, con la autoridad que nos complacemos en reconocerle, que el principio en que se funda el estatuto personal o el derecho personal no es uniforme en las legislaciones de América.

Que algunos Estados aceptan el principio de la nacionalidad y otros, como la República Argentina, el del domicilio, para determinar dicha ley personal y que estudiando el origen de esa divergencia, que es necesario solucionar o por lo menos atenuar, entiende haberla encontrado en la natural hostilidad u oposición que los Estados americanos una vez independizados sintieron contra la metrópoli.

Funda su opinión en la circunstancia de que la República Argentina aceptó el principio del domicilio, después de estar en vigor en esos territorios, en la época de la colonia, las leyes españolas que aceptan el de la nacionalidad y que en el Brasil, donde en la época del Portugal había regido la ley lusitana, y por lo tanto el principio del domicilio, se admitió por la República el principio de la nacionalidad.

Confirman este juicio, dice nuestro eminente colega, las notas del codificador argentino, Doctor Dalmacio Velez Sarsfield, quien tomó esos principios del proyecto de código civil para el Brasil del jurisconsulto Freitas, sin preveer quizás los grandes y benéficos resultados que la incorporación de esos principios tendrían para el desenvolvimiento social de la República Argentina.

Entiendo que he traducido fielmente en sus líneas generales el pensamiento de nuestro distinguido colega acentuando quizás, por mi parte, donde no lo hace el doctor Octavio, lo que me apresuraría a salvar en el caso de que con ello modificara su pensamiento.

La evolución de las ideas jurídicas argentinas, en materia de derecho privado, ha sido paralela a las de derecho público, es decir las luchas y discusiones de carácter constitucional han modificado o por lo menos afectado la orientación de la legislación de fondo, de igual manera, y con menos fuerza quizás que los propios fenómenos sociales producidos por la formación de esa nueva sociedad que había abierto sus puertas al comercio de las ideas y de las cosas, invitando a los hombres del mundo que quisieran incorporarse a ella, a participar con los nativos de los beneficios de la libertad después de tantos siglos de aislamiento colonial.

En el primer período de la independencia, durante el cual la corriente inmigratoria fué muy débil, dominaban en los hombres de Mayo, inspirados en las naturales particularidades de un vasto territorio con comunicaciones difíciles y centros de población muy retirados, y también en la literatura jurídica y filosófica francesa, de gran boga en aquella época, las ideas favorables a las formas de gobierno unitario.

Fué esa la época, que para personificarla debemos evocar la figura del señor Rivadavia, el genial primer presidente de los argentinos, de los ensayos de las constituticiones unitarias, cuya elaboración en agitadas asambleas constituyentes son todavía fuentes de patriotismo y sabiduria, que nos permite respetar aquellos hombres tan instruídos para su época y para la propia cultura de aquellos parajes.

Durante ese período se aplicaba a las relaciones de la vida privada las leyes españolas con todo su rigorismo, dictadas y glosadas por solemnes doctores de Chuquisaca, Charcas y Córdoba del Tucumán, denominación, ésta última, con que se designaba, en la época colonial, a nuestra vieja e ilustre Universidad de Córdoba que tengo el honor de representar en esta Asamblea.

Las peculiaridades de la pampa, a que me he referido, habían creado poblaciones autónomas, que se desenvolvieron libremente en el período revolucionario y que acostumbradas a gobernarse por sí mismas, no querían perder esa autonomía originándose entre la ciudad de Buenos Aires y parte del interior, una lucha que so pretexto de discrepancia en materia institucional nos llevó a la tiranía de Rosas; las que, por curiosa y repetida ironía, ejercieron, casi siempre, en América los partidos políticos llamados federales.

Derrocada la tiranía fué necesario buscar la forma definitiva de gobierno en el sistema representativo federal para satisfacer así a los Estados del interior. Y fué entonces que las miradas se dirigieron a esta gran unión americana en busca de inspiración y se dictó una constitución, que fundada en la de este país encierra en su declaración algunos conceptos más avanzados que los que comprende su propio modelo.

Durante el período de la Confederación (período transitorio hasta la incorporación del estado de Buenos Aires al resto de la República) fué la preocupación constante el estudio y la aplicación de la constitución que se acababa de dictar y para ello, fué necesario conocer sus fuentes en la Constitución de los Estados Unidos, en las obras de sus comentaristas, y en los fallos de su Corte Suprema.

Alberdi desde Chile lanzó su obra fundamental "Las Bases" y Sarmiento preparaba sus "Comentarios a la Constitución argentina" saturados de la literatura jurídica que dominaba entonces en este país.

Efectuada la unión nacional se celebra el Congreso constituyente de 1860—para que Buenos Aires aceptara la constitución del 53 dictada sin su aprobación—y vuelven a producirse grandes debates donde se invocaban o se oponían las prácticas americanas, las decisiones de sus grandes jueces, y la interpretación de sus estadistas.

El Presidente Mitre envía a este país a Sarmiento, como Ministro Plenipotenciario de la República, a quien habéis recordado con justicia, Señor Presidente, y éste, al lado de Emerson y de Horacio Mann, se identifica con la vida americana, se inspira en sus métodos educacionales y funda nuestro sistema educativo. Observa la incorporación del extranjero en la vida de la unión y palpa los frutos de la fraternidad y de la libertad en suelo americano. Y como un epílogo a todo lo grande que vió en su visita—que recordará su estatua en la ciudad de Boston—presencia la revista de los ejércitos al terminar la guerra de secesión, descrita, con genial originalidad, en uno de sus grandes discursos destinados al ejército de su patria.

Pues bien señores, Sarmiento, quien dejó ese puesto diplomático para asumir la presidencia de la República, firmó el decreto presidencial declarando ley de la República, el Código Civil de que fuera autor su gran amigo y eminente Ministro del Interior, el doctor Velez Sarsfield.

El proyecto de código de Velez fué impreso en 1865 y después de sometido a la crítica científica fué presentado al Congreso de la Nación sancionándose en 1871.

Con las maestras de Boston habían llegado para las Universalidades, hombres importantes en las ciencias exactas y el espíritu francés tuvo representantes en las especulativas con maestros como Jacques y Cosson que orientaron la juventud argentina. La inmigración había crecido y se traducían en realidades las promesas de la libertad.

El ambiente científico argentino estaba, pues, en esa época en plena formación y saturado de los principios que dominaban en el derecho privado americano, habiendo recogido las enseñanzas de la vida de este país, y también por propia experiencia sabía lo necesario que era para la República la existencia de principios que evitaran conflictos de nacionalidad, pues todavía se tenía fresco el recuerdo del bloqueo del Río de la Plata por las escuadras francesas que tuvo lugar entre otras causas, por haberse exigido el servicio militar a los hijos de franceses nacidos en territorio argentino.

Es justo recordar sin embargo, que Velez Sarsfield tomó las disposiciones de su código, que rigen el derecho personal, del proyecto de Freitas, y que éste, a su vez, se había inspirado como aquél en las mismas fuentes en esa materia, es decir, en la escuela jurídica alemana que reconocía a Savigny como jefe. No eran pues principios creados por Freitas, sino tomados de la legislación romana por Savigny y repetidos por los autores de la escuela histórica.

Me complazco en reconocer como lo hizo Velez en sus notas, el gran valer del ilustre jurisconsulto brasileño, pero menos feliz que su colega argentino no pudo, dentro de su mismo proyecto de código, crear un sistema jurídico tan completo y científico como el de aquél.

Entiendo haber demostrado, señores, que Velez Sarsfield al aceptar el principio jurídico del domicilio, como medio general de solución en las relaciones del derecho personal, creó conscientemente un gran sistema jurídico para el ulterior progreso y afianzamiento de los elementos inmigratorios en la democracia argentina.

Refiriéndome, ahora, a los propósitos de la iniciativa argentina de celebrar en Buenos Aires en 1910, un congreso o conferencia para encontrar soluciones al conflicto creado por los dos principios recordados, debo hacer presente que si se pensó invitar, a las sesiones preliminares, a los países que en su legislación aceptan el principio del domicilio, fué solamente porque en todos ellos no rige en todo su alcance ese principio y era entonces necesario convenir previamente y armonizar esas diferencias, como la que separa por ejemplo, al principio de

la residencia del domicilio, y después llegaría el momento de realizar el gran acercamiento de los pueblos por medio de reglas transaccionales en el campo jurídico a lo que se invitaría a todos los países de civilización europea.

He dicho que no en todos los países que aceptan el principio del domicilio se les da en sus legislaciones la misma amplitud. La teoría argentina de Derecho internacional privado se inspira, como lo hace notar el profesor Zeballos, en el sistema del domicilio como el derecho romano lo organizó y como Savigny lo aplicó en el Derecho internacional. Se funda en la moral y en la justicia, no consulta intereses políticos, y es el órgano de la libertad y del bienestar del hombre pudiendo sintetizarse su economía científica en los siguientes principios: Primero, admite la más grande extraterritorialidad con las limitaciones por la conservación y fin de la soberanía como órgano del individuo; segundo, admite el sistema del domicilio como medio general de solución con los atenuantes de la *lex rei sitæ* y del derecho de las formas de los actos; tercero, las sociedades y las personas jurídicas no tienen nacionalidad sino domicilio; cuarto, las sucesiones están sometidas al derecho personal del *de cujus* atemperado por las exigencias del orden público.

Estas consideraciones, necesariamente generales, permiten sin embargo, establecer el carácter práctico y científico de la teoría argentina de Derecho internacional privado, que seguramente se deberá tener en cuenta al buscar soluciones en las conferencias que propicia mi ilustre colega del Brasil, a cuyo propósito me adhiero convencido de que es necesario que América fije rumbo en una materia que ha contribuído a desenvolver y a orientar hacia la ciencia y a la justicia.

Os agradezco, señor Presidente, las amables palabras con que me habéis presentado a esta Asamblea y muy especialmente el noble recuerdo que habéis tenido para el gran amigo de Emerson y de Horacio Mann, que es una de las glorias de mi patria. Es sin duda a la feliz circunstancia, para mí, de llevar su nombre a la que debo la agradable acogida que me habéis dispensado en este Wáshington, que según él fué fundado para redimir al mundo de los pecados de París.

The Chairman. Gentlemen, if the last speaker will pardon me the personal allusion, he has certainly shown in his own presence that the line of Sarmiento has not yet run out.

I have now the great honor of presenting to you Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres, of Colombia, who has consented to address you upon "The relations between the judicial and legislative powers."

RELACIONES ENTRE LOS PODERES JUDICIAL Y LEGISLATIVO.

Por EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES,
Profesor de la Universidad Republicana de Bogotá, Colombia.

Capítulo I.—Materia de este estudio.

§ 1. *Su importancia de actualidad.*—Entre las XI cuestiones de la Sección VI del Programa del Segundo Congreso Científico Panamericano, quizás ninguna presenta mayor interés que la IX, toda vez que las demás han sido tratadas extensamente, tanto en obras generales como en interesantes monografías, mientras que apenas ha sido esbozada en los libros la materia relativa a la determinación de "los efectos que ejerce sobre el derecho del Poder Legislativo

para decretar leyes, la fuerza moderadora que el Poder Judicial mantiene respecto de los actos que emanan de aquél, en virtud de las facultades de interpretación y explicación de las leyes que le concede la Constitución." [1]

Al expresar que esta materia apenas ha sido esbozada, no nos referimos a las relaciones entre la ley y la jurisprudencia, tema acerca del cual nada nuevo puede decirse, y en cuyo estudio nos ocupamos de modo somero tan sólo para conformarnos al programa del Congreso.

La materia tiene importancia de novedad y trascendencia jurídicas desde el punto de vista de la conveniencia de conferir al Poder Judicial la facultad de dejar de aplicar en los procesos las leyes que considere inconstitucionales, con efecto limitado a la materia *sub judice*, o la de dar a la más alta entidad de ese Poder la potestad de declarar, de una manera general y obligatoria, la inexequibilidad de las leyes violatorias del estatuto, a virtud del ejercicio de una acción popular.

§ 2. *La solución colombiana.*—Tocó a Colombia ser la primera de las naciones que introdujera en su Derecho Constitucional una solución neta en la materia en este último sentido [2] que, si bien riñe con los principios generalmente aceptados, satisface la necesidad primordial de limitar la acción del Poder Legislativo, o, más bien, de la rama legislativa del Poder Público, como que, científicamente, éste es uno sólo, ejercido por órganos distintos.[3]

Corresponde, pues, a la Delegación colombiana llevar al Congreso bien estudiada cuestión tan interesante y abrir sobre ella un amplio debate.

Capítulo II.—La ley y la jurisprudencia.

Considerada la Jurisprudencia, no en el amplio sentido que enantes se le daba,[4] sino en el moderno de la interpretación práctica de la ley por las autoridades judiciales, constituye de tiempo atrás en los países sajones una fuerza jurídica importante como que, en el fondo, viene a dar a la legislación una elasticidad que en esos países se prefiere a la rigidez de las codificaciones latinas, miradas por ellos como estorbosas para el cultivo de la ciencia y el progreso jurídicos.

La institución del recurso de casación, de origen francés, establecida en Colombia como un complemento de la unificación de su sistema legislativo, ha dado a la Jurisprudencia considerable importancia y venido a crear un conveniente estado jurídico constitutivo de un justo medio entre el sistema sajón, demasiado amplio, y el latino que da considerable valor a la letra de la ley.[5]

La jurisprudencia de las Cortes de Casación desempeña así en la actividad jurídica importantísimo papel, como que, dadas la complexidad creciente de los negocios, las necesidades diversas que no puede prever la clarividencia de legislador alguno y las flamantes orientaciones científicas, esa Jurisprudencia corrige la imprecisión de los textos dándoles una prudente flexibilidad y formando metódicamente un sistema de soluciones prácticas que, por su continuada aceptación, llega a adquirir la misma autoridad de los actos legislativos. De ahí que haya podido decirse que si la ciencia jurídica inspira al legislador para la formación del derecho positivo, la Jurisprudencia le abre a éste los horizontes de la

---

[1] Sección VI. IX. Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo.

[2] Acto legislativo No. 3 de 1910, Art. 41. Eduardo Rodrígues Piñeres, Constitución y Leyes usuales de Colombia, p. 56. Bogotá, 1918.

[3] Empero, conformándonos al uso, diremos Poder Legislativo, Ejecutivo, o Judicial.

[4] Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. I. J., Titulo I, 1.

[5] "Los hombres de la Revolución creían que la ley bastaba para todo; que la jurisprudencia de los tribunales era institución detestable, merecedora de ser abolida." Marcel Planiol, "Traité élémentaire de Droit Civil," Tomo I, nota al No. 205. Quinta edición. Paris, 1908.

actividad práctica y acaba por hacer del sistema legislativo una obra perfecta, dentro de los límites que este adjetivo es aplicable a una obra humana.[1]

CAPÍTULO III.—LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

§ 1. *Los conflictos entre sus textos.*—En Inglaterra, donde toda ley es constitucional, como que allí no rige un estatuto que haya de considerarse como la ley de las leyes, la jurisprudencia, en la interpretación de éstas, no tiene que examinar su constitucionalidad; pero en los países regidos por medio de una constitución surge una dificultad de considerable magnitud cuando el Poder Judicial se encuentra en presencia de dos textos, constitucional el uno, legal el otro, contrarios entre sí, dificultad que se soluciona de diversa manera en los distintos países, y que, desde luego, no surge cuando la ley es meramente oscura o deficiente, caso en el cual la propia doctrina constitucional sirve para interpretarla,[2] sino cuando aquèlla es, al propio tiempo, expresa y violatoria de la constitución.

§ 2. *El sistema francés.*—La solución francesa, fiel a la tradición revolucionaria, consiste en asegurar el predominio incontrastado del Poder Legislativo y en limitar el papel del judicial a la función de aplicar literalmente la ley, tal como salió de la mente del legislador, único al cual se le reconoce el derecho de interpretarla, de acuerdo con el viejo aforismo: Ejus est interpretare legem cujus est condere.[3]

Si este principio riguroso ha sufrido una sensible modificación con el establecimiento del recurso de casación, se mantiene en todo su vigor en materia de la interpretación de las leyes desde el punto de vista de su constitucionalidad.

El Juez . . . no puede apreciar la ley en sí misma, ni tiene poder para verificar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.[4]

Una vez votada y promulgada la ley, no existe poder que pueda juzgarla y anularla; el Poder Judicial particularmente, no puede apreciar su inconstitucionalidad . . . Se puede decir de una manera general que en los países anglosajones el Poder Judicial desempeña el papel de protector de los intereses individuales y da así a la libertad de los ciudadanos garantías de que carecen entre nosotros.[5]

Este sistema—seguido universalmente en Europa, pero contra el cual pugnan espíritus independientes[6] y que de modo expreso se consagró en Colombia en cierta época[7]—tiene su asiento en el origen mismo del régimen constitucional creado precisamente con el primordial objeto de poner coto al poder autocrático de la realeza y a otras fuerzas de carácter aristocrático, pero se ha llevado a tal extremo que un célebre filósofo inglés se ha creído en el caso de decir que "La superstición política de lo pasado era el derecho divino de los reyes: la gran superstición política de hoy es el derecho divino de los parlamentos."[8]

---

[1] Luigi Borsari, Commentario del Codice Civile italiano. Volumen I, p. 13. Turín, 1871.

[2] Ley 153 de 1887, art. 5.

[3] "Los tribunales no podrán tomar parte alguna directa o indirecta en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del Cuerpo Legislativo, sancionados por el Rey, sin cometer un delito." * * * (Decreto de la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1790.)

[4] Théophile Huc, Commentaire théorique et pratique du Code Civil, Tomo I, No. 179, *in fine.* Paris, 1892.

[5] Planiol, Obra citada, Tomo I, no. 156.

[6] Cl. A. Esmein Eléments de Droit Constitutionnel français et comparé, p. 586. Sexta edición. Paris, 1914. Emile Ollivier, l'Empire libéral, Tomo 13, p. 330. Paris, 1908. Émile Faguet, Le libéralisme, p. 181. Paris, 1912. Le culte de l'incompétence, p. 59. Paris, 1912.

[7] Ley 153 de 1887, art. 6.

[8] Herbert Spencer, El Individuo contra el Estado, La gran Superstición política, p. 161. Trad. Sevilla, 1885.

§ 3. *El sistema de la constitución francesa del Año VIII.*—Siéyès concibió el sistema de crear un Senado conservador a quien se confiara la guarda de la Constitución, el cual se consignó en la del Año VIII que estableció el Consulado y que sirvió de base a las que rigieron al Imperio.[1]

Este sistema, no se acomoda a las tradiciones republicanas y democráticas de las naciones americanas y es extraño, además, a la materia de este estudio, lo que nos releva de su examen.

§ 4. *El sistema suizo.*—La solución suiza del referendum—de índole a la vez que científica, democrática y republicana, harto conocida para que sea necesaria una explicación sobre su funcionamiento—salta a la vista que no puede aplicarse a países de atrasada educación política y ni siquiera a otros que, aun teniéndola, carecen de las tradiciones seculares de la Confederación Helvética, y sabido es que las instituciones políticas, no constituyen panaceas de indistinta aplicación a pueblos de índole, costumbres y necesidades diversas.[2]

§ 5. *El sistema norteamericano.*—Contra el principio europeo se reacciona vigorosamente en los Estados Unidos.

En Inglaterra todas las reformas efectuadas en el Gobierno desde hace mil años han tenido como objetivo la limitación de las facultades del Ejecutivo; en los Estados Unidos, desde 1776, la opinión ha considerado que es más prudente limitar los poderes de la Legislatura y aumentar los del Ejecutivo. Los ingleses desconfían de la Corona y dan al Parlamento ilimitados poderes; los americanos desconfían de la Legislatura, especialmente de las de los Estados, y confieren grandes poderes a su Presidente y a sus Gobernadores.[3]

En el orden de ideas de la materia de este estudio, la Constitución norteamericana ha sentado el siguiente principio:

El Poder Judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad provenientes de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados hechos y por hacer, autorizados por ellas.[4]

Esta preciosa facultad establecida en favor del Poder Judicial ha sido interpretada en el sentido de que él puede rehusar la aplicación de una ley inconstitucional, pero sólo cuando se trate de un proceso y para el caso particular controvertido.[5]

El sistema norteamericano lo aceptan explícitamente las constituciones mexicana,[6] argentina [6] y brasilera.[7]

§ 6. *Inconvenientes del sistema norteamericano.*—Es él bastante adecuado para los Estados Unidos, pero no satisface a las necesidades de los países suramericanos por la peculiaridad de su situación que debe hacerlos pensar en la formación de un derecho público que tenga el carácter de criollo.

---

[1] A. Thiers, Histoire du Consulat et de l'Empire, Tomo I, p. 79. Paris, 1845. Pierre de la Gorce, Histoire du Second Empire, Tomo I, p. 29. Novena edición. Paris, 1905. Émile Ollivier, Obra citada, Tomo III, p. 8. Paris, 1898.

[2] Antonio José Cadavid, Prólogo de los Apuntamientos de Derecho Constitucional, por José Vicente Concha, p. IX. Bogotá, 1912.

[3] Thorpe, Recent Constitution-making in the United States (publications of the American Academy of Political Science, No. 82), p. 16. (Cita de Esmein, Obra citada.)

[4] Constitución de los Estados Unidos, Art. III, Sec. 2ª, Ord. 1º.

[5] Joseph Story, LL. D., Commentaries on the Constitution of the United States, Cap. XXXVIII, § 1576. (Cita de Martínez Silva.) Idem, A familiar exposition of the Constitution of the United States, Cap. XXI. Thomas Cooley, LL. D., A treatise on the Constitutional Limitations, p. 18. Boston, 1890. James Bryce, The American Commonwealth, Tomo I, p. 251. New York, 1895. Florentino González, Lecciones de Derecho Constitucional, p. 400. (Quinta edición.) Paris, Eugenio M. de Hostos, Lecciones de Derecho Constitucional, p. 488. Paris, 1908. Émile Faguet, Le libéralisme, p. 181. Paris, 1912.

[6] Art. 101.

[7] Art. 59. (Citas de Carlos E. Restrepo, Estudios constitucionales. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 26.) Bogotá, 1912.

En estos países, con excepciones contadas, el problema que se presenta es de otra índole. En ellos la educación política del pueblo es todavía muy atrasada, y se observa el fenómeno de que, al propio tiempo que rigen en ellos teóricamente instituciones libérrimas, en la práctica se encuentran sometidos a Gobiernos de partido que tienen su origen en revueltas armadas. En estos países no se siente la necesidad de que el pueblo se defienda contra el predominio de realeza o aristocracia algunas, ni contra plutocracias del estilo norteamericano. En ellos lo que es preciso buscar es un medio que asegure la eficacia del derecho contra la acción *conjunta* de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, como que aquél es formado con frecuencia bajo la presión o la inspiración de éste y a menudo obra a sus órdenes, acción conjunta que se caracteriza con la expedición de leyes inconstitucionales que violan el estatuto mismo que en el momento del triunfo dió el partido vencedor creyendo con él perpetuarse en el mando y que luego le resulta estorboso para dominar al contrario.

De ahí que, como queda expresado, no sea adaptable para ellos el sistema norteamericano que tiene estos dos graves defectos:

(*a*) De un lado, no pueden someterse a la decisión judicial precisamente aquellos casos más graves de violación del estatuto que por su naturaleza no constituyen materia ordinaria que caiga *subjudice*, como lo decidió la Corte Suprema de los Estados Unidos con motivo del reclamo de los Estados de Mississippi y Georgia sobre la invalidación de la ley por la cual los Estados confederados eran mantenidos fuera de la Unión y gobernados militarmente.[1]

(*b*) De otro lado, si no tiene inconveniente dejar a la más alta corporación judicial de la República la facultad de decidir si una ley expresa es contraria a la Constitución, esa facultad viene a ser una arma peligrosa en manos de autoridades inferiores, tanto por los errores que en la materia pueden cometer por su escasa versación, como por la varia jurisprudencia que se establecería en materia tan delicada, o, si se quiere evitar este último escollo, por la necesidad de llevar en consulta hasta la Corte Suprema los fallos de esas autoridades inferiores.[2]

§ 7. *El sistema colombiano.*—En vista de los inconvenientes de los sistemas examinados, partiendo de la base del sabio principio de Montesquieu de que "la virtud misma necesita frenos,[3] en atención a las circunstancias peculiares del país y a los antecedentes que se estudiarán más adelante, los constituyentes colombianos de 1910 adoptaron el sistema de conferir a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar, previa audiencia del Procurador General de la Nación y a petición de cualquier ciudadano, la inexequibilidad de las leyes que se acusaran ante ella en el concepto de su inconstitucionalidad.[4]

§ 8. *Ventajas del sistema.*—Por este medio se obtienen las siguientes:

(*a*) Que no es a cualquiera autoridad a la que se confía la facultad de determinar cuándo una ley expresa es inconstitucional;

(*b*) Que esa potestad se confiere únicamente a la más alta corporación judicial de la República, la cual la desempeña después de haber oído el dictamen del primer funcionario del Ministerio Público;

(*c*) Que, de una vez, queda determinada la inconstitucionalidad de la ley, no como en el sistema norteamericano, según el cual puede resolverse la cuestión en un caso en un sentido y, en uno diverso, en otro;

---

[1] Justo Arosemena, Estudios constitucionales, Tomo II, p. 85. Segunda edición. Paris, 1878.

[2] Acerca del sistema mixto de los artículos 40 y 41 del Acto legislativo No. 3 de 1910, nos ocuparemos más adelante.

[3] Esprit des lois, Livre II, Cap. IV.

[4] Acto legislativo No. 3 de 1910, Art. 41, citado.

(*d*) Que no se limita la facultad a las leyes que por su naturaleza son de aplicación en un proceso, sino respecto de todas las que atenten contra la integridad de la Constitución, inclusive las de carácter político de que se valen los partidos que están en el poder para mantenerse en él ilícitamente, y

(*e*) Que la concesión de la acción popular contra las violaciones del estatuto hacen de cada ciudadano un celoso guardián de su integridad.

§ 8. *Las objeciones contra el sistema.*—Contra la solución colombiana se han hecho serias objeciones por dos altas mentalidades, primero, por Carlos Martínez Silva, en forma hipotética, pues él, quien sostenía el sistema norteamericano, falleció prematura y desgraciadamente para Colombia antes de la reforma de 1910, y, luego, por el actual Presidente de la República, en libro de reciente publicación en el cual se inclina a la solución francesa.[1]

(*a*) Se dice que por medio del sistema de 1910 se establece una subordinación del Poder Legislativo en favor del Judicial.[2]

A esto observamos que, por el otro sistema, el francés, se establece una subordinación del Poder Judicial en favor del Legislativo, y que, subordinación por subordinación, puesto que alguna ha de establecerse, es preferible aquella que asegure el respeto debido a la integridad del estatuto, la sujeción de todos los Poderes a la "suprema ley del país."[3]

Además, la subordinación de que se trata sería inconveniente si por el texto se hiciera a la corte colegisladora porque hubiera de pasar por su revisión todo acto legislativo en orden a que le diera el pase en el concepto de su constitucionalidad como pasaban por el Senado conservador ideado por Siéyès, o siquiera se dispusiera en él que aquélla podría proceder, *motu proprio*, a casar las leyes que considerara inconstitucionales.

A este respecto, dice el ex-Presidente Carlos E. Restrepo:

> Admitir que aquellos dos Poderes (el Ejecutivo y el Legislativo) sean los únicos que estudien y fallen en absoluto la cuestión indicada, es aceptar un principio antirrepublicano; es convertir a esas dos entidades en árbitros absolutos del derecho, y concederles para cada Congreso ordinario facultades omnímodas de constituyentes, puesto que toda ley que dicten debe reputarse como constitucional por más abiertamente que pugne con la Carta fundamental; sin que a los encargados de "administrar justicia" les quede más camino que obedecer la ley inicua y a los particulares otro recurso que sufrirla y callar.[4]

(*b*) Se dice también que por medio de este sistema se socava el principio de la separación de los poderes públicos.[5]

Contra este argumento cabe la observación de que ese principio, tan magistralmente expuesto de tiempo atrás en obras clásicas[6] y tenido como un dogma por los tratadistas modernos, reviste apenas la forma de una frase que corresponde a una especulación, pero no a institución real alguna.

En la misma Inglaterra que tuvieron en mira Locke y Montesquieu, ese principio no ha regido nunca en el hecho. Allí la Cámara de los Comunes, según la doctrina tradicional, tiene el poder de hacer todo salvo "convertir al hombre en mujer y a la mujer en hombre," y los únicos frenos meramente suspensivos

[1] Carlos Martínez Silva, Leyes inconstitucionales, El Repertorio Colombiano, Vol. XVI, No. 6. Bogotá, 1897. José Vicente Concha, Obra citada, pp. 56 y 122.

[2] José Vicente Concha, Obra y páginas citadas.

[3] Story, pasaje citado. Véase a Antonio José Iregui, Ensayo sobre Ciencia Constitucional, No. 847. Bogotá, 1897.

[4] Carlos E. Restrepo, Estudios constitucionales. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 25. Bogotá, 1912.

[5] José Vicente Concha, Obra y páginas citadas.

[6] Locke, Essay on civil government, § 146. (Cita de Esmein, Obra citada, p. 453.) Montesquieu, Obra citada, Libro XI, Cap. VI.

de su acción desaparecieron ya, primero, la prerrogativa real que, según la frase consagrada, "murió con la Reina Ana," y, por último, la da la Cámara de los Lores con el *Reform bill* del Gabinete Asquith. Más aún, esta Cámara siempre ha tenido funciones netamente judiciales hasta en el campo del derecho privado, y el Rey puede influir decisivamente en la propia esfera de los Poderes Legislativo y Judicial con la creación de nuevos Pares. Además, la fuerza que se reconoce a los precedentes judiciales da a la jurisprudencia una fuerza netamente legislativa, así como el régimen parlamentario ha radicado en el hecho, en la Cámara de los Comunes, el *control* del Poder Ejecutivo.

En Francia, la elección del Presidente por las Cámaras y la facultad que tiene el Senado de constituírse en Alta Corte de Justicia para conocer de los delitos contra la seguridad del Estado, han dado al traste con el principio de la separación de los poderes públicos,[1] máxime cuando la práctica del régimen parlamentario ha asegurado, en el hecho, el predominio incontrastado de la Cámara de Diputados, por el desuso de prerrogativas constitucionales en favor del Presidente y del Senado, de tal modo que se considera "al Gabinete como un comité del Cuerpo legislativo para ser el Cuerpo ejecutivo, y que la alabada separación de los poderes, no existe en el régimen parlamentario, en el cual los tres poderes son solidarios y se combinan estrechamente."[2]

En los Estados Unidos, el sometimiento de los nombramientos de Secretarios de Estado a la aprobación del Senado y la intervención de este cuerpo en las relaciones diplomáticas, son derogaciones de bulto contra el dogma de la separación.[3]

Ahora, concretándonos a Colombia, vamos a poner de manifiesto que el principio sólo existe en la literatura de su Constitución.[4]

En efecto, el Congreso ejerce directamente funciones judiciales en el juzgamiento de ciertos funcionarios y tiene influencia en el Poder Judicial con el nombramiento que hace de Magistrados de la Corte Suprema.[5] El Poder Ejecutivo ejerce también funciones judiciales por medio de la Policía y de las Cortes marciales, y el propio Presidente de la República, como Jefe del Ejército, conoce en último recurso de las decisiones de éstas, como las ejerce legislativas con la potestad reglamentaria, la de dictar decretos que tienen fuerza de ley en ciertas circunstancias y la de abrir créditos extraordinarios o suplementales, lo que constituye la más hiriente excepción al principio en su primitiva manifestación de la Magna Carta.[6] La teoría tradicional de que las Cámaras pueden calificar sus propios miembros quedó postergada con la creación de los Jueces de escrutinio, sustituídos luego por los de circuito y, en seguida, por los Tribunales de lo contencioso-administrativo.[7] La potestad que tiene el Senado de aprobar ciertos grados militares es una función propia del Ejecutivo.[8] Por último, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, no es otra cosa que un órgano destinado a ejercer funciones judiciales y administrativas al propio tiempo y que

---

[1] Ley constitucional de 24 de febrero de 1875, Art. 9. Ibid. de 25 del mismo mes, Art. 2.

[2] Gabriel Hanoteaux, Histoire de la France contemporaine, Tome 3, p. 397. Emile Faguet, Problèmes politiques, Sur notre régime parlamentaire. (Tercera edición.) París, 1907. Le libéralisme, p. 259.

[3] Constitución de los Estados Unidos, Art. II, Sec. 2ª, Ord. 2º.

[4] Const., Art. 57.

[5] Ibid., Art. 96. Acto legislativo No. 3 de 1910, Arts. 17 y 20.

[6] Ibid., Arts. 118, 8ª, 120, 3º, 170 y 208. Acto legislativo No. 3 de 1910. Art. 68, Código Fiscal. Arts. 217, ss., Ley 26 de 1905, Art. 4.

[7] *Cf.* Const., Art. 180, Ley 80 de 1910, Ley 23 de 1912, Art. 60, Ley 130 de 1913, Art. 38, c.

[8] Const., Art. 98, 5ª.

precisamente corresponde a la necesidad de crear una "zona intermedia" que realice el principio natural de que *non datur saltus in natura.*[1]

Más aún, el mismo dogma lo impugna en libro sensacional el actual Presidente de los Estados Unidos quien dice:

El fin de la Convención de 1787 parece haber sido tan sólo el de realizar tan lamentable error. La teoría literaria de los frenos y contrapesos es simplemente una exposición exacta de lo que han tratado de hacer los autores de nuestra Constitución, y esos frenos y contrapesos han sido nocivos justamente en la medida en que han logrado establecerse en la práctica.[2]

Comentando estas conclusiones, dice Esmein que ellas se refieren más bien a la separación absoluta de los Poderes, y que este principio, sin ser abandonado "puede ser entendido de distinta manera,"[3] y una de esas maneras, observamos, es precisamente la que se sigue en la práctica consistente en establecer entre los diferentes órganos del poder público una especie de interdependencia o de compenetración de funciones que sustituye a lo que fué el *credo* de los filósofos del Siglo XVIII, el principio de la separación, que sólo tiene hoy en su favor la autoridad de la tradición especulativa, pero que apenas puede someterse al estudio en las Universidades como una regla general sujeta a prudentes excepciones.

(*c*) Se dice que el sistema de la reforma de 1910, no es otra cosa que "la anulación de las facultades prerrogativas del Poder Legislativo."[4]

Este argumento que—en el fondo, es el mismo que se desprende del dogma de la separación de los poderes y que, además, encierra una petición de principio—puede contestarse con las observaciones anteriores, pero hemos de añadir que, para que él tuviera fuerza, sería preciso establecer como principio de orden superior al del respeto debido al estatuto, el de la necesidad de mantener prerrogativas en favor del Poder Legislativo que le permitan violarlo, o sea, que éste poder quede sin frenos que la propia virtud requiere.[5]

(*d*) Se dice también que, al ejercitarse por la Corte Suprema el derecho conferido por la reforma de 1910, "se sale ella de su natural papel de aplicar las leyes y se convierte en una institución política y en un simple instrumento gubernamental."[4]

Cierto es que la misión natural de la Corte es la de aplicar la ley, pero no menos natural es la de aplicar la Constitución, y por consiguiente, al decidir ella, a virtud de la petición que le haga cualquier ciudadano, que no debe aplicarse una ley inconstitucional, obra dentro de los límites de su natural papel, poniendo así un freno al verdadero "instrumento gubernamental" que lo constituyen frecuentemente en estos países suramericanos los Congresos elegidos bajo la decisiva influencia del Poder Ejecutivo que encarna el triunfo armado de un partido político sobre otro u otros. En tales países hay que buscar en la integridad de la Constitución, como, lo dice Martínez Silva "el único recurso contra todos los absolutismos y todas las usurpaciones."[6]

---

[1] Acto legislativo No. 3 de 1910, Art. 42. Ley 130 de 1913. Eduardo Rodrígues Piñeres, Estudio crítico de esa Ley. Bogotá, 1914. Antonio José Cadavid y Rafael Uribe Uribe, Informe al Senado (Cita de ese Estudio). José Vicente Concha, Obra citada, p. 196.

[2] Woodrow Wilson, Congressional government, a Study in American Politics, p. 284, ss. (Séptima edición.) Boston, 1890.

[3] Obra citada, p. 464, ss.

[4] José Vicente Concha, Obra citada, p. 122.

[5] Montesquieu, Obra citada, Libro II, Cap. IV.

[6] Artículo citado.

No ha de olvidarse, a este propósito, el sabio concepto del comentador de la Constitución norteamericana:

Como la Constitución es la suprema ley del país, en caso de conflicto entre ella y las leyes * * * viene a ser deber del Poder Judicial aplicar aquélla que por su naturaleza es mayormente obligatoria. Esto se desprende de la misma teoría de la constitución de un gobierno republicano, pues de otra suerte los actos del Poder Legislativo y del Ejecutivo vendrían a ser supremos y quedar sin contrapeso o correctivo, a pesar de las prohibiciones o limitaciones contenidas en la Constitución, y las usurpaciones del más peligroso carácter podrían consumarse sin que hubiera remedio alguno al alcance de los ciudadanos.[1]

(*e*) Se sostiene que el procedimiento es "a todas luces inaceptable, porque equivale a considerar como soberano a un tribunal que, por respetable que sea, no tiene carácter representativo."[2]

En verdad, no comprendemos por qué el carácter representativo de un cuerpo ha de ser necesario para el desempeño de la función de decidir acerca de la constitucionalidad de una ley, fuera de que tan representativo es el uno como los otros de los poderes públicos en un país republicano en que todos sus funcionarios deben su investidura a la voluntad popular, mediata o inmediatamente, por métodos diversos de elección.

Como sabiamente lo observó en su mensaje al Congreso de 1858 el Presidente Mariano Ospina quien, en parte sostenía la tesis defendida en este estudio:

Estamos acostumbrados a ver al Poder Judicial deprimido y estrechado por los Poderes agresivos que se le han sobrepuesto . . . Repugna tal vez a nuestras preocupaciones la existencia de una justicia superior que juzgue los actos de las Asambleas y de lo que impropiamente se ha llamado el Poder Supremo.[3]

(*f*) Se observa que "la Corte Suprema puede equivocarse y estar sometida a nocivas influencias, ya sea que este Supremo Tribunal tenga su origen en el Poder Ejecutivo, o en cualquiera de las Cámaras legislativas."[2]

En cuanto a lo primero, admitimos la fuerza del argumento, que obra contra todo lo humano, pero los errores temibles en este orden de ideas, no son precisamente aquéllos en que puede incurrir un cuerpo compuesto de juristas y que tiene el hábito de aplicar la Constitución y la Ley, sino las equivocaciones *interesadas* de los cuerpos políticos no siempre integrados con los más sanos elementos

Y, en cuanto a lo segundo, apenas tiene el argumento un valor relativo, pues se le puede dar a la Corte Suprema otro origen distinto de los dos únicos que se señalan como posibles, v. g. uno, que no analizamos para no salirnos del tema de este estudio, consistente en la formación de una verdadera carrera de la magistratura por medio de la *coopción* para la provisión de sus miembros, combinado con el principio de la inamovilidad y el del retiro obligatorio y decoroso con una jubilación a cierta edad.[4]

(*g*) Se hace contra el sistema de 1910 la observación de que es incompatible con el principio de la responsabilidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia ante el Congreso.[2]

A esto observamos: Que si verdaderamente hay algún principio que se oponga a la separación de los poderes es el de atribuir al Congreso funciones judiciales; que desde el momento en que se da a la Corte la facultad de que se trata, im-

---

[1] Story, LL. D., Commentaries on the Constitution of the United States, Cap. XXXVIII, § 1576. (Cita de Martínez Silva.)

[2] Carlos Martínez Silva, Artículo citado.

[3] Cita de Carlos E. Restrepo, Artículo citado.

[4] Emile Faguet, Le libéralisme, p. 190; et L'horreur des responsabilités, p. 97. Paris, 1911.

plícitamente se le quita al Congreso la de exigir responsabilidad a sus magistrados por el ejercicio de la misma, y que, si bien es cierto que se establece de hecho una irresponsabilidad en favor de éstos, también lo es que ese privilegio lo tienen constitucionalmente los Senadores y Representantes, con la desventaja de que éstos no sienten encima ni siquiera la de la opinión pública ni la de la historia, porque el número las diluye, fuera de que la corte da su fallo motivado, mientras que desde hace mucho tiempo cayó en desuso la práctica de motivar las leyes que fué corriente en los primitivos congresos.

Ahora, como el propio Martínez Silva lo dice:

Es preciso reconocer siempre en lo político como en lo judicial un término para toda litis o querella. Las apelaciones no pueden multiplicarse indefinidamente en busca de la verdad y de la justicia absolutas, porque ello equivaldría a impedir el triunfo de la verdad y de la justicia en la mayor parte de los casos.[1]

Recuérdese, de otro lado, este principio de Montesquieu:

Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas el poder detenga al poder.[2]

Capítulo IV.—Antecedentes de la reforma.

Para completar este trabajo, haremos una somera relación de los antecedentes de la reforma de 1910 desde los puntos de vista constitucional, legal, de doctrina y de la acción de los partidos políticos.

§ 1. *Antecedentes constitucionales.*—Los constituyentes de Colombia, si bien se han inspirado en las fórmulas norteamericanas, han sufrido la decisiva influencia de las concepciones revolucionarias francesas sobre la supremacía del Poder Legislativo, bien que en la práctica la ha tenido el Ejecutivo, al paso que el Judicial, como lo dijo el Presidente Ospina en el Mensaje citado, se ha visto siempre "deprimido y estrechado por los poderes agresivos que se le han sobrepuesto."

Data del año de 1858 el movimiento que culminó en la reforma de 1910 sobre el verdadero equilibrio de los tres poderes.

(*a*) La Constitución de Cundinamarca de 1811, después de dar las reglas para la expedición de las leyes, implícitamente privó a los Poderes Ejecutivo y Judicial de la facultad de interpretarlas y dejó ésta exclusivamente al Legislativo.[3]

(*b*) Este principio se reprodujo en la Constitución cundinamarquesa de 1812.[4]

(*c*) También aceptaron ese sistema los constituyentes de Cartagena, pero lo formularon en otros términos.[5]

(*d*) La Constitución de Tunja fué más explícita en el sentido de imponer a los Poderes Ejecutivo y Judicial la absoluta sujeción a la ley escrita, puesto que dice que "únicamente la Legislatura tendrá facultad para interpretar, ampliar y restringir, comentar y suspender las leyes" y que los Poderes Ejecutivo y Judicial deberán ligarse "a la letra de las leyes, y en caso de duda consultar a la Legislatura."[6]

(*e*) Idéntico principio se consignó en el estatuto de Antioquia.[7]

---

[1] Carlos Martínez Silva, Artículo citado.
[2] Esprit des lois, Libro II, Cap. IV.
[3] Tít. VI, Art. 19. Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra, Constituciones de Colombia. (Segunda edición.) Bogotá, 1911.
[4] Tít. IV, Art. 29. Pombo y Guerra, Obra citada.
[5] Tít. VII, Art. 34. Pombo y Guerra, Obra citada.
[6] Cap. III, Art. 10. Pombo y Guerra, Obra citada.
[7] Tít. III, Art. 11. Ibid.

(*f*) La Carta fundamental de Cúcuta, no reprodujo estos principios, pero, refiriéndose a los textos constitucionales, dejó al Congreso la facultad de resolver cualquiera duda que ocurriera.[1]

(*g*) El estatuto de 1830 reprodujo este sistema y lo complementó con un texto en virtud del cual la Alta Corte de Justicia debía "oir las dudas de los tribunales superiores sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto del Poder Ejecutivo."[2]

(*h*) La Constitución granadina de 1832 consignó los mismos principios de la anterior.[3]

(*i*) No expresó nada la de 1843 al respecto del sometimiento al Congreso de las dudas ocurridas a los Poderes Ejecutivo y Judicial en su aplicación, pero dijo que al Congreso correspondía "interpretar cualesquiera leyes o actos legislativos vigentes."[4]

(*j*) La Constitución de 1853 guardó silencio sobre la materia en que nos ocupamos.

(*k*) La Carta fundamental de 1858, dada para la Confederación granadina, dió el primer paso serio en el sentido de poner limitaciones a la acción conjunta de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, si no a los de la entidad nacional, sí a los de los Estados, a cuyo cargo quedó, entre otras cosas, lo relativo al derecho privado. Al efecto, en ella se dijo que a la Corte Suprema le correspondía suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados que fueran contrarios a la Constitución, o a las leyes de la Confederación, y que al Senado tocaba decidir definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos; pero en cuanto a la interpretación de las leyes nacionales, mantuvo el principio hasta entonces tradicional.[5]

(*l*) La Constitución de 1863 estableció un sistema científico y armónico que resuelve de modo bastante satisfactorio, para un régimen federal como el que organizó, lo relativo a la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes.

Así, en ella se dijo que si una Ley de una Legislatura era inconstitucional, podía la Corte Suprema Federal suspenderla y el Senado, anularla; que si una ley nacional era inconstitucional por vulnerar los derechos individuales o la soberanía de los Estados, podía ser anulada por la mayoría de las Legislaturas de éstos, y que correspondía a la corte declarar cuando quedaba anulada por esa mayoría.[6]

(*ll*) Los constituyentes de 1886, al reconstituir la República en forma central, no podían dejar vigentes los científicos contrapesos de la Constitución federal de 1863, y, con la mira de asegurar el respeto debido a la Constitución, establecieron que, en el caso de que el Poder Ejecutivo objete un proyecto de ley en el concepto de ser inconstitucional, debe éste pasar a la Corte Suprema de Justicia, a fin de que ella se pronuncie sobre la materia, de modo que si resuelve que está adjustado al Estatuto, el Poder Ejecutivo debe sancionarlo.[7]

(*m*) Mas como quiera que, en la práctica, ocurrió que precisamente se expidieron leyes inconstitucionales, algunas debidas nada menos que a la iniciativa del Poder Ejecutivo, la opinión pública se uniformó en el sentido de que debía buscarse una fórmula constitucional que pusiera coto a mal tan grave, la cual quedó consignada en la reforma de 1910 en estos términos:

---

[1] Art. 189, Ibid.

[2] Arts. 110 y 159, Ibid.

[3] Arts. 131, 9ª y 213, Ibid.

[4] Art. 67, 15, Ibid.

[5] Arts. 50, v. 51. Pombo y Guerra, Obra citada.

[6] Arts. 25, 51, 5ª y 72. Ibid., Sobre la interpretación detallada de estos textos, véase a Juan Félix de León, La Constitución de los Estados Unidos de Colombia, números 61, ss. Bogotá, 1878.

[7] Art. 90. Pombo y Guerra, Obra citada.

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.[1]

Pero tan hondo era el mal que se quiso corregir con el texto preinserto que el constituyente se creyó en el caso de disponer también en otro del mismo Acto legislativo lo que sigue:

En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.[2]

La reacción se llevó así a un extremo a que no debió llegarse: la adopción conjunta del sistema del artículo 41 y la del sistema norteamericano contenida en el 40, cuyos inconvenientes hemos anotado. La magnitud del mal que se contemplaba justifica, empero, a los constituyentes de 1910.

§ 2. *Antecedentes legislativos.*—No se encuentra en la legislación anterior al año de 1887 rastro alguno que indique cómo han debido interpretarse las leyes en relación con el Estatuto, lo que se explica por la presencia de los textos constitucionales citados.

Fué en ese año cuando se introdujeron los textos siguientes:

Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.[3]

Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar disposiciones legales oscuras o incongruentes.[4]

Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.[5]

Si los dos primeros textos son inobjetables, no así el último que se tuvo por mucho tiempo como arma política hasta el punto de que su abrogación vino a ser una de las materias capitales de las plataformas de los partidos históricos, los cuales consideraban inconstitucionales muchas de las leyes vigentes.[6]

§ 3. *Antecedentes de la doctrina.*—Antes de la vigencia de la Constitución de 1863, la materia en que nos ocupamos, no fué estudiada por los tratadistas. Fué a partir de esa época cuando empezó a tratarse la cuestión, bien que desde puntos de vista distintos de aquél en que hoy la contempla el país.

[1] Acto legislativo, No. 3 de 1910, Art. 41. Ibid.

[2] Art. 40. Ibid.

[3] Ley 157 de 1887, Art. 4.

[4] Ley 157 de 1887, Art. 5.

[5] Ley 157 de 1887, Art. 6.

Acerca de este texto véanse: Edmond Champeau y Antonio José Uribe, Tratado de Derecho Civil Colombiano, Tomo I, No. 61. París. Fernando Vélez, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo I, No. 37. Medellín. 1898. Manuel José Angarita, Código Civil concordado y comentado, p. 495. Bogotá. 1888.

Este eminente jurista, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ha recogido recientemente su comentario diciendo que nuevos estudios han producido modificación profunda en sus ideas, y que prefiere en la actualidad los inconvenientes de la reforma constitucional de 1910 a los males que ocasionaría su derogación, o su interpretación restricta. (Gaceta Judicial, No. 1199.)

[6] *Cf.* Const., Arts. 109, s., Ley 41 de 1892; Const., Arts. 20, 23, 26, 28, 39, 47, Ley 61 de 1888; Const., Arts. 42 y 57, Ley 157 de 1896, Arts. 49, ss.; Const., Art. 78, 5°, Leyes sobre pensiones y recompensas individuales; Const., Art. 31, Ley 30 de 1888, Art. 34; Const., Art. 155, Ley 147 de 1888, Art. 225; etc.

(*a*) Arosemena, antes de pronunciarse por el sistema norteamericano, dice:

Nada se ha estatuído para invalidar los actos legislativos o ejecutivos nacionales que se opongan a la Constitución, fuera de los casos expresados en el artículo 25.[1]

(*b*) Por el contrario, otro tratadista distinguido comentó este texto así:

He aquí una dictadura de nuevo tipo que se ostenta serena, sin disfrazar el semblante, con naturalidad, como si ella misma ignorase lo que es.[2]

Y comentando el artículo 72 dijo:

¿Qué vendría a ser de la soberanía de los Estados si la Corte Suprema Federal pudiera a cada paso estar suspendiendo sus Constituciones?[3]

(*c*) Rocha Gutiérrez, en su estudio sobre el proyecto de Constitución para reemplazar la de 1863 se pronuncia por el sistema norteamericano con alguna adición:

Íntima conexión con aquella facultad tiene otra atribución nueva que le asignamos al Poder Judicial para que impida los abusos en que incurran el Poder Legislativo de la Nación o de los Estados. En cada caso especial sometido a su jurisdicción, pueden los jueces nacionales y la Corte Suprema declarar que es contraria a la Constitución la ley nacional o de los Estados cuya aplicación se invoca. Esta declaración no produce la invalidez de la ley particular tachada de inconstitucional, pero posterga su aplicación delante de la Constitución nacional que es la suprema Ley de la República; y cuando se hace por los jueces o tribunales inferiores, debe ser consultada con la Corte Suprema.[4]

(*d*) En el proyecto de la Constitución vigente se encuentra el siguiente texto:

Art. 21. La potestad reglamentaria no constituye derecho contra las leyes, ni las leyes contra la Constitución. En consecuencia, los tribunales que hayan de actuar en asuntos contencioso-administrativos prestarán defensa a los particulares agraviados por providencias de la administración; y la autoridad judicial protegerá a las personas contra los abusos de cualquiera de los poderes públicos.[5]

Este texto que, en el fondo, contiene el sistema norteamericano, no fué definitivamente aprobado, y, al ponerse en discusión, dijo a su respecto don Miguel Antonio Caro:

Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley inconstitucional, sancionada y promulgada, debe ser obedecida, mientras no haya, como no lo hay, un Poder superior que tenga la facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer una ley por cuanto la juzga contraria a la Constitución. Tal principio sería anárquico. Pero sí debe tener el derecho de exigir que no se cumpla en su daño, y los tribunales no deben aplicarla cuando lesiona derechos civiles garantidos por la Constitución. Nadie anula la ley; así se salva el principio de autoridad; pero el ciudadano tiene el derecho de defensa, ejercitada por las vías legales, y el Poder Judicial le dispensa protección: así se salva la libertad bien entendida y ambos principios quedan conciliados.[6]

Empero, agregaba en su discurso que pedía no fuera aprobado el texto propuesto si hubiera de aprobarse, como en efecto se aprobó, el que vino a ser el artículo 90 de la Constitución que inviste a la Corte de la facultad de declarar si un proyecto de ley objetado por el Gobierno en el concepto de su inconstitucionalidad es o no exequible, porque, decía el señor Caro que, aprobada esta regla, no habría siquiera la posibilidad moral de que se expidieran leyes inconstitucionales, en lo cual anduvo corta su previsión, porque la Corte Suprema, cuando ya tuvo la facultad de hacerlo, ha declarado la inconstitucionalidad de muchas leyes.[7]

---

[1] Justo Arosemena, Obra citada, Tomo II, p. 85.

[2] Cerbeleón Pinzón, Juicio sobre la Constitución de 8 de mayo de 1863 expedida en Rionegro, p. 89. Bogotá, 1863.

[3] Cerbeleón Pinzón, Obra citada, p. 123.

[4] Rafael Rocha Gutiérrez, La verdadera y la falsa democracia, p. 233. Paris, 1887.

[5] Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886, p. 26. Bogotá, 1913.

[6] Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886, p. 94.

[7] Gaceta Judicial, números 1091, 1147, 1169, 1177, y 1197.

(e) Samper, luego que examina la cuestión, agrega:

Para obviar todos los inconvenientes apuntados, el autor de este comentario propuso y sostuvo con empeño, en el Consejo Constituyente, un artículo que mandaba aplicar de preferencia la Constitución, en los asuntos judiciales, pero con dos condiciones, a saber: que la decisión sólo se refiriese al caso especial resuelto, quedando responsable quienquiera que lo adoptase, y que se diese siempre cuenta a la Corte Suprema, para que ésta, a más de resolver el punto de un modo general, y formar así jurisprudencia, promoviese una corrección legislativa del acto o disposición inconstitucional. Pero aunque muchos constituyentes apoyaron esta indicación, se temió por otros el peligro de la anarquía en las decisiones de los jueces, y al cabo, por vía de transacción, se convino en que el Título III de la Constitución sería incorporado, como lo dispone el artículo 52, en el Código Civil, con el fin de que todo lo relativo a derechos civiles y garantías sociales fuese aplicado de preferencia a cualquiera disposición legal que contrastase con tales derechos y garantías.[1]

Esta barrera puesta por el constituyente al legislador revela una candidez extrema en el primero, pues la incorporación del Título citado en el Código Civil, que es una simple ley, derogable y modificable como cualquiera de ellas, no tenía por qué darle fuerza bastante poderosa a impedir las violaciones legislativas de la Carta fundamental.

§ 4. *La acción de los partidos políticos.*—La presencia del artículo 6 de la ley 153 de 1887 y las frecuentes violaciones del Estatuto, despertaron el movimiento de la opinión pública a que hicimos referencia.

(a) En un célebre manifiesto político de personajes conspicuos del Partido conservador, se introdujo una cláusula que dice así:

Declaración de que la Constitución prima en todo caso sobre la Ley, correspondiendo a los Jueces y Magistrados decidir los casos particulares de conflicto, cuando las personas ocurran a ellos por creer lesionados sus derechos, sin que la sentencia o decisión judicial signifique derogación de la Ley.[2]

Esta cláusula fué sostenida por el autor del Manifiesto, Martínez Silva, en estos términos:

Esta regla de interpretación (la del artículo 6) señalada a los jueces es perfectamente injurídica, y aun nos atrevemos a decir, absurda, puesto que coloca al legislador en oposición con su mandato y eleva a la categoría de precepto lo que puede ser la violación de un deber.

Esta regla debería ser precisamente la contraria, considerando la Constitución como la Ley suprema y norma de todas las leyes expedidas con posterioridad a ella.[3]

(b) Antes de la aparición del referido manifiesto, otro personaje conservador, el General Juan C. Arbeláez, había presentado a la Cámara de Representantes un proyecto que ésta aprobó en primer debate y luego archivó, por medio del cual se confería a la Corte Suprema la facultad de suspender las leyes inconstitucionales que fueran acusadas ante ella en ese concepto, a fin de que el Congreso en la próxima legislatura en que el personal de la Cámara se hubiera renovado decidiera la cuestión de modo definitivo.[4]

(c) En célebre documento político del General Marceliano Vélez se lee lo que sigue:

Una ley inexplicable declara constitucionales las leyes. Este absurdo principio, a virtud del cual una ley expedida por una leve mayoría en las cámaras puede infirmar las más importantes disposiciones de la Constitución, debe ser combatido para evitar así la confusión que eso produce en toda la legislación y el desprestigio mismo de la Carta fundamental que puede, de ese modo verdaderamente rabulesco, ser reformada por una simple ley. El que aplica la ley es quien debe interpretarla, bajo su responsabilidad.[5]

---

[1] Jose María Samper, Derecho público interno de Colombia, Tomo II, p. 184. Bogotá.

[2] El Conservador No. 2, de 29 de febrero de 1896.

[3] Carlos Martínez Silva, Artículo citado.

[4] Revista de Legislación y Jurisprudencia, No. 19. Bogotá, 1894.

[5] El Relator, No. 891, 1893.

(*d*) La Convención Nacional del Partido Liberal de 1897, introdujo, entre sus "Puntos de reforma," el VIII así concebido:

Supresión de toda facultad extraordinaria o discrecional que menoscabe los derechos individuales de los ciudadanos, o altere el régimen constitucional en algún sentido; y, en consecuencia, derogación de la Ley 153 de 1887, en cuanto hace prevalecer la Ley sobre la Constitución.[1]

(*e*) El General Guillermo Quintero Calderón, ex-Presidente de la República, en informe rendido al Senado, después de hacer jurídicas observaciones al respecto en que nos ocupamos, termina así:

El suscrito, no obstante su reconocida incompetencia, persiste, pues, en creer que el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 fué, además de inútil como nueva regla de interpretación, muy seriamente perturbadora de cualquier régimen constitucional, falseándolo de una plumada.[2]

(*f*) Tocó al doctor Nicolás Esguerra, iniciador del movimiento político de 1909, formular el principio hoy vigente en el proyecto de reforma constitucional que presentó en el Congreso de ese año y en el nuevo que presentó a la Asamblea Nacional de 1910, el cual logró pasar como artículo nuevo introducido en el debate por otros Diputados en ausencia de aquel distinguido ciudadano.[3]

CAPÍTULO V.—LAS APLICACIONES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Desde la vigencia de la reforma, la Corte Suprema de Justicia ha declarado la inexequibilidad de varias leyes en el concepto de su inconstitucionalidad.

(*a*) El artículo 2 de la ley 40 de 1905, el artículo 5 de la Ley 21 de 1907, en su primera parte, y el artículo 6 de la misma Ley, establecieron nuevos gravámenes sobre las minas de esmeraldas, lo cual no podía hacerse respecto de las que hubieran sido redimidas a perpetuidad sin violar el artículo 31 de la Constitución, según el cual los derechos adquiridos con justo título, no pueden vulnerarse por leyes posteriores. Estos textos fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema en la parte relativa a dichas minas redimidas.[1]

(*b*) En el concepto de ser violatoria del mismo texto constitucional, declaró la corte la inexequibilidad de la Ley 6 de 1905, en cuanto por ella se ratificó el decreto del Gobierno por medio del cual se decretó el deslinde de los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos de propiedad nacional y se declararon al efecto como de ella los terrenos que hubieran estado inundados por las aguas en los últimos diez años.[4]

(*c*) En otro fallo declaró la corte inexequibles los artículos 4 y 5 de la Ley 4 de 1907, el primero de los cuales imponía a las empresas de trasporte la obligación de conducir gratuitamente a los inspectores del ramo cuando viajaran en el ejercicio de su cargo, violando así el artículo 32 de la Constitución que garantiza el derecho de propiedad, y el segundo que imponía a las mismas empresas la obligación de someter sus tarifas a la aprobación del Gobierno, con lo que se violaba el artículo 44 del Estatuto que establece la libertad de industria.[5]

(*d*) Según el artículo 23 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, el Presidente de la República, no puede conferir

---

[1] Convención Nacional Eleccionaria del Partido Liberal. Bogotá, 1897.

[2] Anales del Senado, No. 38, 1904.

[3] Nicolás Esguerra, Proyecto de Acto legislativo reformatorio de la Constitución, Art. 67. Bogotá, 1907. Anales de la Cámara de Representantes, 1909. Diario Oficial, No. 13883. Anales de la Asamblea Nacional No. 1, 1910. Diario Oficial No. 14131. Lácides Segovia, Historia de las leyes, p. 175, ss. Cartagena, 1914.

[4] Gaceta Judicial, No. 1091.

[5] Gaceta Judicial, No. 1147.

ciertos empleos públicos a los Senadores y Representantes. No obstante esto, la ley 4 de 1913, burlando ese texto, expresó que se entendía expirado el período de éstos desde que renunciaran o se excusaran, y que la incompatibilidad no comprendía a los suplentes. La Corte declaró inconstitucional esta Ley en la parte en que dijo tal cosa.[1]

(*e*) El artículo 1 de la Ley 59 de 1911 dispuso que los diarios y demás publicaciones periódicas, no podían anunciarse por carteles ni ser voceados sino con el título del periódico, la fecha de su publicación, su color político y el nombre de su redactor, y castigaba la infracción del texto con una multa de cinco a diez pesos. La Corte declaró la inconstitucionalidad de ese artículo, como contraria al artículo 42 de la Carta que establece la libertad de imprenta.[2]

(*f*) Por el artículo 4 de la Ley 3 de 1907, se declaró sin valor la deuda de Tesorería pendiente y no registrada en determinada fecha. La corte declaró inconstitucional ese texto como violatorio del artículo 31 del Estatuto que garantiza el derecho de propiedad.[3]

(*g*) Para concluir, traemos a cuento que la corte se declaró incompetente para decidir sobre la inconstitucionalidad alegada de la Ley 14 de 1914 que aprobó el Tratado Urrutia-Thompson con los Estados Unidos, por cuanto que, dijo, la ley aprobatoria de un tratado público, antes del canje de las ratificaciones, no podía ser materia de una demanda por razón de inconstitucionalidad, porque ella no establece por sí sola vínculo alguno de derecho, y que tampoco podía serlo después, porque ya revestía la forma de un acuerdo de voluntades entre dos Estados que no podía ser desatado por una de ellas valiéndose para ello de su más alto tribunal.[4]

(*h*) De las resoluciones citadas se deduce claramente que el texto constitucional que atribuye a la corte la elevada función de ser guardián de la integridad de la constitución ha dado los benéficos resultados que se propuso el constituyente de 1910 y que, hasta ahora, no se ha presentado el caso de que ella haya abusado del ejercicio de tan preciosa facultad.

Bibliografía.

Obras colombianas.

Justo Arosemena: Estudios constitucionales. Segunda edición. Paris, 1878.

Florentino González: Colombiano ilustre quien escribió su libro para la República Argentina. Lecciones de Derecho Constitucional. Quinta edición. París.

José Vicente Concha: Apuntamientos de Derecho Constitucional. Bogotá, 1912.

Juan Félix de León: La Constitución de los Estados Unidos de Colombia. Bogotá, 1878.

Cerbeleón Pinzón: Juicio sobre la Constitución de 8 de mayo de 1863. Bogotá, 1868.

Rafael Rocha Gutiérrez: La verdadera y la falsa democracia. Paris, 1887.

Antonio José Iregui: Ensayo sobre Ciencia Constitucional. Bogotá, 1897.

José María Samper: Derecho Público interno de Colombia. Bogotá.

Manuel José Angarita: Código Civil concordado y anotado. 1888.

Fernando Vélez: Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Medellín, 1898 a 1914.

Edmond Champeau y Antonio José Uribe: Tratado de Derecho Civil Colombiano. París, 1899.

[1] Gaceta Judicial, No. 1169.
[2] Gaceta Judicial, No. 1177.
[3] Gaceta Judicial, No. 1197.
[4] Gaceta Judicial, No. 1147.

Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra: Constituciones de Colombia. Segunda edición. Bogotá, 1911.

Lácides Segovia: Historia de las leyes. Cartagena, 1914.

Nicolás Esguerra: Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución. Bogotá, 1909.

Eduardo Rodríguez Piñeres: Constitución y Leyes usuales de Colombia. Bogotá, 1913.

Carlos Martínez Silva: Estudio crítico sobre la Ley de lo contencioso-administrativo. Bogotá, 1914. Leyes inconstitucionales. El Repertorio Colombiano. Bogotá, 1897.

Carlos E. Restrepo: Estudios constitucionales. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 1912.

Marceliano Vélez: Manifiesto político. El Relator. 1893.

Guillermo Quintero Calderón: Informe al Senado. Anales del Senado. 1904.

Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886. Bogotá, 1913.

Convención Nacional Eleccionaria del Partido Liberal. Bogotá, 1897.

Periódicos.—Diario Oficial; Gaceta Judicial; Anales del Senado; Anales de la Cámara de Representantes; Anales de la Asamblea Nacional; Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; Revista de Legislación y Jurisprudencia; El Repertorio Colombiano; El Relator; El Conservador. Bogotá.

OBRAS NORTEAMERICANAS.

Joseph Story, LL. D.: Commentaries on the Constitution of the United States. A familiar exposition of the Constitution of the United States.

Thomas M. Cooley, LL. D.: A Treatise of the Constitutional Limitations. Boston, 1890.

Woodrow Wilson: Congressional government, a study in American politics. Sétima edición. Boston, 1890.

OBRAS FRANCESAS.

Montesquieu: Esprit des lois.

Théophile Huc: Commentaire théorique et pratique du Droit Civil. París, 1892.

Marcel Planiol: Traité élémentaire de Droit Civil. Quinta edición. París, 1898.

A. Esmein: Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé. Sexta edición. París, 1914.

A. Thiers: Histoire du Consulat et de l'Empire. París, 1845.

Pierre de la Gorce: Histoire du Second Empire. Sexta edición. París, 1905.

Gabriel Hanoteaux: Histoire de la France contemporaine. París, l'Empire libéral París, 1908.

Émile Ollivier: Le libéralisme. París, 1912.

Émile Faguet: Problèmes politiques. Tercera edición. París, 1907.

Émile Faguet: Le culte de l'incompetence. París, 1912. Et l'horreur des responsabilités. Paris, 1911.

OBRAS INGLESAS.

James Bryce: The American Commonwealth. New York, 1895.

Herbert Spencer: El Individuo contra el Estado. Traducción. Sevilla, 1885.

OBRAS ITALIANAS.

Luigi Borsari: Commentario del Codice Civile italiano. Turín, 1871.

OBRAS CHILENAS.

Eugenio M. de Hostos: Lecciones de Derecho Constitucional. París, 1908.

The CHAIRMAN. Gentlemen, I am indeed happy to announce to you the fact that Dr. Moisés A. Vieites, of Cuba, is also present this morning and will address you on the following subject: "Criminal law and procedure, with special reference to the scope and limits of jury trials."

DERECHO Y PROCEDIMIENTOS CRIMINALES CON ESPECIAL RELACIÓN A LA ESFERA Y LÍMITES DE LOS PROCESOS ANTE JURADOS.[1]

Por MOISÉS A. VIEITES,

Abogado de Oficio de la Audiencia de la Habana.

La justicia penal puede considerarse como una tradición de la humanidad. La encontramos en todo tiempo en la historia, variando en relación con el sin número de factores que concurren especialmente en cada pueblo y en cada agrupación de hombres, aun en los conglomerados más primitivos, pero imperando siempre; y como venganza privada o colectiva, ya como castigo o retribución, ya como expiación o como ofrenda a la divinidad ultrajada. Aportando esta tendencia al través de los tiempos y de los pueblos, por la necesidad que se advirtió de encauzarla y limitarla, ciertas reglas cuya violación se castigaba, y más tarde otras para aplicar al castigo mismo, cuyo conjunto forma en abstracto la justicia penal, la que, al evolucionar la humanidad y al irse formando la sociedad de manera más precisa y determinada, ha evolucionado con ella haciéndose más concreta y fijándose dentro de los límites tenidos por más beneficiosos al conglomerado social. Los orígenes pues de la justicia penal los encontramos en prácticas o costumbres y en instituciones rudas y bárbaras representadas por la venganza privada o individual; de familia contra familia, de tribu contra tribu, encauzándose después en instituciones que trataron de poner límite a los excesos privados, tales como el talión (similitudo supplicii) la prevención intimidativa con su fárrago de tormentos; tales como la rueda, el aceite hirviendo, etc.; la amputación del órgano corporal que sirvió para perpetrar el delito, los arreglos o composiciones para el rescate del ofensor o compra de la paz (indemnización al ofendido o al ofendido y al fisco), las inmolaciones como una ofrenda grata a Dios que practicaron los hindous, los griegos, los romanos y los bárbaros (el soldado romano que rehusaba la obediencia era sacrificado en ofrenda, a Júpiter y entre los germanos el culpable era entregado al Dios Vengador del delito) pero siempre considerando todos estos excesos como fundados en la justicia, sinónimo de rectitud; como venganza o castigo equitativo unas veces y otras como expiación purificadora, como lo demuestran entre muchas definiciones de la justicia la dada por Confusio, Cicerón y los jurisconsultos romanos; Ulpiano, etc.

Al afirmarse el principio social, la justicia penal en su forma de venganza privada, familiar, pública o divina, se relega a la antigüedad y otra doctrina

[1] Este subtítulo está tomado de la Sección VI del Programa Preliminar:

Las diversas teorías para el castigo de los criminales, especialmente como un castigo por su crimen, como una prevención para los otros o de ambas maneras, serán discutidas y se señalará el efecto de cada una de ellas sobre la naturaleza, y el texto de la ley. El tema también comprenderá observaciones generales respecto a las diferencias principales entre el procedimiento criminal de los Estados que se rigen por la ley civil aquellos que aplican la ley establecida por las costumbres, refiriéndose de especial manera a las funciones propias del jurado.

se abre camino: la justicia penal como medio para la defensa de la sociedad, dentro de la siguiente fórmula "Es preciso defender la inviolabilidad del ciudadano como medio para proteger la seguridad de la convivencia social."

"Salus reipublicœ suprema lex esto." Y aquí aparece el principio de la defensa o seguridad social.

Siendo el Estado el fundamento y límite de la justicia penal los actos que le atacan son considerados como delitos, ya le ataquen directa o indirectamente: Los primeros, cuando lo atacan en su propia seguridad, los segundos, cuando amenazan la conservación del orden y de la convivencia social; apareciendo la pena con su carácter intimidativo que se exagera brutalmente y trata de producir el mayor tormento al culpable y el mayor temor al posible delincuente, con toda clase de suplicios imaginables; llegando hasta castigarse la prole inocente del que delinquía, y, apurándose el mal sano cáliz de la intimidación, se aplicaron las más atroces torturas, no ya sólo como castigo, sino también como medio de prueba tendente a obtener la confesión del presunto culpable en tiempos aún no remotos.

Dada esta ligerísima pincelada a los orígenes de la justicia penal, parece oportuno antes de entrar en el Derecho penal moderno no olvidar la influencia que en él han tenido el Derecho romano, el germano y el eclesiástico; aceptando así por su concisión y por estar conforme con ella casi todos los historiadores del Derecho, esta división, dado que en realidad es la que señala más profundamente los factores que han tenido influencia decisiva en el desenvolvimiento de los pueblos modernos en todas las exteriorizaciones de su actividad.

El Derecho penal romano, cuyo punto de partida de su civilización jurídica puede considerarse que fué el Código de las Doce Tablas, siente la influencia de sus predecesores el oriental y el griego; y así lo vemos comenzar siendo a la vez religioso y político; pero perdiendo terreno el principio religioso se acentúa el del Estado, y el pueblo romano resulta legislador y juez por medio de los "comicios centuriados" que hacen las leyes penales y juzgan a los delincuentes, siguiéndoles los tribunales penales temporales y perpetuos; (quœstiones) mas llegando a ser el Estado y su inviolabilidad casi la única preocupación de las leyes penales aun dentro de la corrupción de la época imperial en que estos tribunales populares fueron sucedidos por los extraordinem, las penas eran severísimas en los delitos de lesa mejestad, sin distinguir entre libres y esclavos; mientras la protección penal de los derechos privados estaba relegada al "Derecho pretorio" y a "la nota censoria" llegando por ello a las instituciones jurídicas modernas como base o fundamento del derecho de penar "La conservación del Estado."

El Derecho germano surge en Europa con la irrupción de los bárbaros que la invaden y que imponen ciertas antiguas leyes escandinavas, tales como el Gragas de Islandia (colección de costumbres privadas de carácter oficial), el Gutalagh de Dinamarca, el Gulatding y el Frostathing de Noruega, la Ley Ostgothland de Suecia y los Capitulares de los Francos, que constituían sus fuentes de derecho.

Los germanos estaban reunidos por familias, rasas y poblaciones, de modo que al contrario de los romanos, la forma "El Estado" no era conocida para ellos, y por tanto, el delito estaba considerado solamente como un acto perturbador de la paz bajo el lema: "Quien turba la paz, pierde la paz," pues pueblo esencialmente guerrero la necesitaba dentro de su federación para poder hacer la guerra; y para tratar de garantirla, otorga el derecho de venganza al individuo con la "Blutrache" o venganza de la sangre; dominando así el principio de la venganza privada para los delitos contra particulares y la pena pública para los que ofenden a la comunidad, traicionando a la Nación, al Ejército o a su Jefe el Rey; dándole al Derecho un aspecto individualista

no exento de carácter religioso como lo demuestran los juicios de Dios u ordalías (prueba de agua hirviendo, fuego, etc.) así como el reto singular o duelo judiciario "singulare certamen."

El pueblo germano aunque ignorante y rústico tenía indiscutiblemente un gran sentido práctico y un elevado concepto del honor, y ambas cualidades le hicieron ver el error de la venganza privada y la composición humillante que perturbaba más la paz que el delito mismo, estableciendo enemistades entre los individuos y las familias; constituyéndose por ello los tribunales que obligaban al ofensor a pagar la composición de la paz como castigo de su delito.

Esta reseña a grandes rasgos, demuestra que así como el Derecho romano legó al actual, el principio político "El Estado" como base del derecho de penar, por el contrario el germano impone "El individuo" como principio fundamental del Derecho.

El Derecho eclesiástico ha dado también elementos para la formación del moderno y aunque fuera a veces cruel y sanguinario, estableciera la inquisición y traficara con las indulgencias, no es menos cierto a pesar de estos errores que realizó una obra regeneradora y piadosa, ejerciendo gran influencia en el desenvolvimiento de la justicia penal, refrenando la venganza privada con el "Derecho de Asilo," que evitó la pena de muerte, combatiendo el duelo judiciario, estableciendo "La Tregua Dei" o suspensión de guerras privadas y proclamando la fraternidad humana.

Originó el sistema correccionalista y dió como fundamento del derecho de castigar "El Orden Moral" y puede verse que estos tres principios que nos brindan el Derecho romano, el germano y el eclesiástico o canónico, son en realidad los fundamentos de todas las escuelas de Derecho moderno.

Con posterioridad, y a través de desenfrenados principios individualistas unas veces, y otras de funestas y repulsivas persecuciones del Estado, conculcando todo derecho y hollando la libertad individual, se obtienen principios de indudable valer para la vida científica futura del Derecho, con la Escuela de Bolonia iniciadora de un movimiento que aún perdura o sea la Jurisprudencia y los Glossatores que eran encargados de aplicar las leyes a las ocurrencias prácticas de la vida, elevándose a categoría de ley sus fallos, a los que acudían posteriormente los jueces para juzgar, y de este caos surgen también instituciones como la del jurado y habeas corpus de positivo mérito, y estos principios de indudable valor jurídico: "La acción pública la ejerce el Estado en nombre de todos." "El Estado debe tener jueces permanentes encargados de juzgar al delincuente y de interpretar la ley y distintos del acusador." "El procedimiento o enjuiciamiento criminal para tramitar las investigaciones respecto a hechos justiciales."

En la segunda mitad del Siglo XVIII, César Beccaría publicó su pequeño libro "Dei delitti e delle pene," sentando la teoría del convenio social como fundamento del derecho de penar o sea lanzando la idea de que la sociedad se formaba por el convenio de los individuos que la constituían, los cuales cedían sus derechos a la misma para el castigo.

En su libro atacó la pena capital, las infamantes, la tortura y el procedimiento inquisitivo; creando una verdadera revolución en el campo del Derecho penal, pues su obra, aceptada por numerosas academias y juristas que la apoyaron fué traducida a varios idiomas, y armonizando los intereses de la sociedad con los del individuo, proclama la humanidad en las penas y en los procedimientos como inseparables de la justicia misma y modifica el Derecho en Austria, Rusia y Prusia, produce la abolición del tormento en Francia, y viniendo en auxilio de esta gran reacción la revolución francesa (1789) se instituyen los principios de la legalidad en los procedimientos judiciales y la discusión pública como triunfo de este movimiento.

68436—17—VOL VII——6

Este impulso en la reforma del Derecho fué auxiliado por los Códigos de 1808 y 1810, para Derecho penal el último y para procedimientos criminales el primero; promulgados durante el imperio, de un carácter violentamente intimidativo, y que llegaron por la influencia francesa, a tener fuerza legal en Holanda, Suiza, Varsovia e Italia; mientras los Estados germanos legislaban parcialmente, estableciéndose en Prusia en 1793 el Landrecht, el Código penal Austriaco en 1803, el de Baviera en 1813, quedando la Constitución Caroline como fuente principal de su Derecho penal común; mientras que España que tampoco permaneció indiferente a este movimiento estableció en 1805 la Novísima Recopilación.

Aquí se detiene un tanto en Europa la evolución del Derecho penal mientras continúa en América con el sistema filadelfiano y el de Auburn y Cherry Hill, sentando el principio de la corrección por la pena, mientras Edward Livingston establece la legislación penal sobre la negación de beneficios y derechos sociales como pena al delincuente, que tuvo positiva y bienhechora influencia en toda América como lo demuestran los Códigos de Connecticut 1830, Indiana 1831, Georgia 1834, Illinois y Rhode Island 1838, Mississippi 1839, Virginia 1849, Pennsylvania 1860, Brasil 1831 y Bolivia.

Con la reforma francesa de 1832 se origina un nuevo movimiento en Derecho penal sobre uno base realmente filosófica al que no fué extraño ningún país de Europa. Inglaterra, Alemania, Suiza, España, Noruega, Grecia, Turquía, Rusia, Portugal, etc., legislaron todas reconociendo así la importancia del Derecho penal fuente de tantos errores, de tantas iniquidades, de tantos crímenes, de tantas lágrimas, de tantos desafueros cometidos en nombre de la justicia divina y humana.

Terminado este ligerísimo bosquejo histórico de la justicia penal, pero imprescindible como introducción al estudio de las modernas escuelas de Derecho penal, cumple ahora estudiar también ligeramente por cuanto será objeto de interesantes debates, estos nuevos procedimientos que tratan de obtener la base legítima del derecho de castigar y los procedimientos más justos para aplicar, lo que según unos es castigo, según otros prevención, corrección, defensa social, etc., desapareciendo así la lucha salvaje contra el delincuente que caracterizó el Derecho penal antiguo, para proclamar en sus formas varias la necesidad de la lucha contra el delito.

Muchas son las teorías básicas del Derecho penal que se han formulado, tratando todas como punto de partida de justificar el derecho de castigar; tomando aquí la palabra castigo como representativa de cualquier imposición de la sociedad con respecto al que delinque, atacándose unas a las otras principalmente, porque según sus recíprocas argumentaciones ese principio queda sin justificar.

Yo comprendo la necesidad de estudiar la filosofía del Derecho; yo me doy cuenta exacta de que a toda ciencia le es imprescindible buscar orígenes e investigar la génesis de lo que estudia, pero en lo que al derecho de penar respecta, me parece que su justificación está en el ambiente mismo, me parece que el objeto y fin de la pena es su propia razón de ser en abstracto, y que más se debe atender a que su imposición beneficie cada vez en mayor grado a la sociedad y al delincuente mismo que a la justificación de su existencia, que como hecho, resulta imprescindible en la sociedad. Nadie se ha preocupado jamás de investigar la legitimidad del derecho de un cirujano para amputar un miembro enfermo; ni jamás tampoco se ha discurrido si será o no legítimo que un médico obligue a un enfermo a estar recluído en una habitación, a que tome determinado brevaje o a que guarde un sistema dietético cualquiera; porque su objeto, su fin, justifica el hecho mismo; se realiza algo considerado científica, social y moralmente bueno y esto basta. Ahora

bien, se estudia sí, diariamente, el modo de evitar las enfermedades, se procura que cuando surjan sean más benignas y en definitiva se trata frente a ellas de combatirlas con los medios más eficaces, y ésta, a mi juicio, debe ser la norma de los que al estudio del Derecho se dedican: tratar de evitar el delito tanto como sea posible, tratar de transformarlo en todo lo inofensivo que se pueda, tratar de combatirlo del modo más efectivo en definitiva, ya que el delito es algo que representa un mal individual y social, y esta norma, por lo menos prácticamente, será más útil que investigar si es o no legítimo o en qué principio se funda la legtimidad de combatir algo que está reconocido como nocivo por la sociedad toda.

Las teorías del derecho de castigar aunque muy abundantes pueden reducirse con Pessina, a tres categorías: La primera comprende aquellas que consideran la pena justa en cuanto es remedio al mal producido. La segunda se refiere a las que consideran la pena como medio para prevenir otros delitos. La tercera se reduce a un eclecticismo que considera la legitimidad de la pena en cuanto es un remedio del mal pasado y en cuanto previene males futuros.

La primera es la doctrina de la expiación; la segunda la de la intimidación, y la tercera la que combina ambos propósitos.

La expiatoria tiene su origen en Oriente y Grecia, alcanzando su desarrollo en el Gorgias de Platon, siendo reproducida por el cristianismo en forma religiosa presentando el martirio de Cristo como expiación de los vicios y errores humanos, tomando su fórmula más rigurosa con Kant, a quien siguieron otros filósofos europeos.

La intimidativa con diversas variantes ha sido sostenida desde Aristóteles hasta Carrara; por Beccaria, Filangiere, Romagnosi y Benthan, y en alguna de sus manifestaciones se confunde con la anterior.

La ecléctica la han sostenido Rossi, Grocio, Mancini, Ortolan, Haus y otros, y todos estos principios y especulaciones científicas dan origen, como principales, a tres escuelas: la clásica, la correccional y la positiva.

La primera estudia el delito como una abstracción, como un hecho que surge y que hay que castigar y reprimir; olvida al delincuente y fija con antelación la cantidad de pena que debe imponerse a cada transgresión de la ley; establece los factores que ella cree únicos en modificar la intensidad de la acción criminosa y gradúa dentro de estrechos límites aritméticos la cantidad de castigo que corresponde a la comisión de cada delito. Su fundamento es el libre albedrío que supone en todo hombre que se dirija al mal, que viola la ley, un consciente ánimo de delinquir; pretende representar el principio del individualismo, hace sus especulaciones dentro de un terreno metafísico; confunde muchas veces la expiación con la prevención y la intimidación, e indiscutiblemente está llamada a desaparecer ante los estudios de la positiva que unidos a sistemas penales fundados en sus propias doctrinas y en el correccionalismo, constituirán, al desaparecer ciertos errores y prejuicios en un próximo futuro, la ciencia penal que aplicarán los pueblos civilizados, dando de mano de una vez para siempre al criterio retributivo e intimidativo de la sanción penal que informa el Derecho positivo de todos los pueblos modernos, con excepción de los tímidos ensayos de la condena o libertad condicional y algunas modificaciones en los sistemas penitenciarios que representan un injerto de la extrema vanguardia del moderno Derecho en el añoso tronco del eclecticismo clásico actual, que como ley se observa en los pueblos en nuestro siglo, con sus malsanas fórmulas de daño causado, peligro corrido, alarma producida, maldad evidenciada, etc., tomadas como medidas del mal que debe infligirse, ya como castigo, ya como expiación de unos e intimidación a los demás; expiación cruel e innecesaria a veces,injusta siempre, porque ni remedia el mal, ni corrige al delincuente, ni se toma el

trabajo de pensar si su efecto es el mismo en cada hombre que cae dentro de su sanción ni si la situación en que estaban al delinquir era idéntica; sin tomar en cuenta en fin ese sinnúmero de factores que concurren en cada hecho delictuoso y en cada hombre que lo realiza, y sin que sirva de intimidación en proporción suficiente para justificarla, pues las estadísticas demuestran cómo aumentan los delitos en todos los países; criterio en fin que se sostiene en los actuales tiempos por un espíritu de misoneismo, porque los estudios penales rebasan raras veces los límites de los profesionales que a ellos se dedican y porque cuando se habla de leyes penales los pueblos creen que eso no interesa a los hombres honrados que no piensan delinquir y que el delincuente es harto despreciable para que de ellos se ocupe el resto de la sociedad.

La Escuela clásica ecléctica reina de Beccaria acá en el derecho positivo de los pueblos y tiene como lauros de gloria indiscutibles el haber sido la palanca que destruyó los horrores de las viejas legislaciones, que concluyó con la barbarie que informaba la justicia penal de la Edad Media; haber sido la base de las modernas legislaciones y el haber elevado el Derecho criminal a la dignidad de sistema filosófico.

La Escuela o sistema correccionalista quizás haya buscado su fundamento en Grecia. Platón decía:

> El castigo es la curación del alma enferma y debilitada por el delito; si se ha cometido una injusticia es preciso ir en busca del juez, como el enfermo busca el médico, no sea que la dolencia del espíritu engendre bien pronto una corrupción que la haga incurable.

Esta escuela ha tenido su Apóstol en Augusto Roëder imbuído por la filosofía de Kraus, y basa la justicia penal en la corrección del culpable; estableciendo así una tutela social que crea un derecho a favor del individuo de regenerarlo por medio de la pena que en este caso no puede llamarse tal, pues en realidad es la sujeción del delincuente a determinado régimen que tenderá a curarlo de su tendencia a realizar actos delictuosos.

Rompiendo francamente con los antiguos moldes impuestos por la escuela clásica en sus distintos eclecticismos, la escuela correccionalista no ve en la pena una función retributiva, intimidativa ni reparadora, sino la considera como medio de redimir por la corrección al culpable. Toma el delito cometido como un indicio de voluntad antijurídica que sirve para determinar la clase de correctivo o remedio que debe aplicársele para volverla al respeto del Derecho; que sirve como punto de partida para investigar con la ayuda de otros datos que pueda brindar el examen del delincuente, de sus antecedentes, su educación, medio ambiente en que se ha desarrollado, etc., el grado de voluntad antijurídica; de perversión del sentimiento del bien, e imponerle un sistema de corrección adecuado y variable en sus efectos y en su duración.

La modificación de la índole del delincuente por la educación es el fundamento, pues, de esta escuela. La educación de la voluntad su fin.

Este sistema ha tenido verdadera influencia en las tendencias penitenciarias modernas y en la ley positiva penal de casi todos los países, ya que se advierte en todos los actuales códigos el principio correccional en la generalidad de las penas que ellos imponen y aunque está de cierto modo desacreditado en su total integridad por el resultado de las estadísticas y por la creencia en la existencia del criminal incorregible, es evidente que llegará el día en que se demuestre que la reincidencia y la reiteración se deben a las deficiencias de los actuales sistemas penitenciarios y al abandono en que en la mayor parte de los casos queda sumido el delincuente después de haber cumplido su condena, que lo coloca en las mismas condiciones y aún en peores que aquellas que le compelieron a delinquir.

Su influencia en la naturaleza y texto de la ley no puede ser más manifiesta. La escuela correccionalista no admite penas prefijadas o limitadas con antela-

ción al momento en que surge el delito ni en circunstancias preestablecidas para modificarlo, porque la pena debe imponerse en atención a todas las circunstancias personales del delincuente y todas las que rodean al acto delictuoso mismo, debiendo por tanto limitarse el legislador a establecer las penas con carácter provisional y de aproximación, y aún después de impuestas por el juez tienen que variar en su naturaleza y límite de tiempo en relación con la mayor o menor influencia beneficiosa que tengan sobre la voluntad del delincuente, que estará sujeto a una observación atenta y escrupulosa por parte de un personal inteligente que tendrá encomendada esta misión.

Como se ve no puede ser más radical la reforma que con ello se implantaría en los códigos y sistemas penitenciarios, en los cuales, como he dicho antes, se nota la influencia de este sistema, que si no ha obtenido más éxito se debe precisamente a que no se ha ensayado en su totalidad sino solamente como principio informante, de manera harto ligera e incompleta para obtener óptimo fruto; sin que pueda a mi juicio aceptarse como argumento en contra de esta doctrina la indeterminación de la pena, que como tal esgrimen sus detractores, porque precisamente esta indeterminación está basada en la de su fuerza educativa sobre la voluntad del delincuente, distinta en cada caso e imposible de apreciar a priori.

El juez o el jurado declaran que un hombre ha cometido tal delito y que debe quedar sujeto a la justicia penal para que ésta lo eduque y lo corrija: al establecimiento penitenciario corresponde determinar cuándo ese hombre puede reingresar en la sociedad sin ser probablemente susceptible de dañarla otra vez.

Esta es la bella utopía de la justicia correccionalista; pero ya veremos que llámese corrección de la voluntad o curación del espíritu o del espíritu y la materia, ésta será en gran parte la sanción del futuro para lo que hoy se llama delito.

Se debate hoy en el campo de la ciencia penal la escuela positiva, que niega el libre albedrío del hombre y la normalidad en el criminal, y considera el delito como un hecho dependiente de multitud de causas que pueden concurrir en el hombre que actúa por ellas impelido y que obligan a su voluntad a determinarse en un sentido dado.

Estudia la personalidad humana como el resultado de la constitución orgánica y de la influencia externa física y social; biológica, psicológica, social y antropológicamente, y auxiliándose con estudios prehistóricos, etnográficos y estadísticos, demuestra que el delito no es un hecho que radica en el libre albedrío que puede hacer que el hombre se dirija al bien o al mal; sino que algún o algunos factores patológicos, físicos, telúricos o sociales son los que determinan su comisión.

Estos factores pueden dividirse en externos e internos y estos últimos en congénitos o adquiridos.

Los externos son: el clima, la influencia meteorológica, el régimen alimenticio, la organización política, el estado económico, la familia, las creencias religiosas, la opinión pública, la educación, los defectos legislativos, la falta de policía (en su sentido más lato) y todo aquello en fin que sea imputable al medio ambiente pasado y presente del delincuente.

Los internos congénitos son o de origen atávico o dependientes de enfermedades nacidas con el individuo: enajenación mental, epilepsia, sordomudez, memoria, etc., y los otros; los adquiridos, v. g., traumatismos; alcoholismo o cualquiera degeneración dependiente del organismo vicioso del agente.

Como es lógico, al aceptar que todo delincuente obra a virtud de impulsos que le suministran estas fuerzas residentes en su organismo o en el ambiente que lo rodea, es evidente, ya que la escuela positiva trata de combatir el delito

en sus raíces, ya que es el estudio experimental del delincuente, que los clasifique de modo que la prevención que use o la corrección que les imponga obedezca al plan científico en que se basa y aunque entre sus sostenedores existan algunas divergencias de nomenclatura, todos están conformes en la necesidad de esta clasificación que en esencia los divide en locos o semilocos, natos, habituales, pasionales y de ocasión; pero que todos presentan una fuerza anormal impulsiva para los actos criminales que proviene de una degeneración hereditaria, de una condición psicológico-patológica, o social, o de una perturbación psíquica transitoria de mayor o menor intensidad; división que se hace necesaria para juzgar de la mayor o menor temibilidad del delincuente, que unida a la mayor o menor antisocialidad del hecho punible, fija la sanción que debe imponerse al delito.

La razón de penar de la escuela positiva se funda en la defensa social o defensa del orden jurídico establecido y tiende a ella tratando de evitar que el delito se cometa, procurando aminorar sus causas externas o sociales por medio de los "Sustituvi Penali" y tratando de modificar por la corrección las internas del sujeto activo del delito, a cuyo efecto estudia detenidamente el ambiente social y al criminal y llega hasta su segregación total cuando se trata de un delincuente instintivo o incorregible, en aras de los intereses sociales.

Esta escuela inició sus tareas con los estudios de la antropología criminal. "El hombre delincuente" de César Lombroso abrió nuevos horizontes a la ciencia del derecho que salvo la actuación de Augusto Roëder con el correccionalismo parecía petrificada en los añejos moldes clásicos, y Rafael Garofalo y Enrique Ferri impulsándola han establecido la actual lucha por la conquista de la verdad en la justicia penal.

La antropología criminal es la historia natural del hombre delincuente y lo estudia sobre su constitución orgánica y psíquica y sobre su vida social o de relación y estos estudios le permiten formar las clasificaciones que establece a base de las distintas anormalidades que diferencian a los delincuentes entre sí y a los criminales de los que no lo son; representando los primeros una verdadera raza inferior con caracteres distintos a los del hombre normal, y ayudada por los estudios de la sociología criminal y de todas aquellas ciencias que permiten estudiar prácticamente a los hombres y a las cosas, observa la mayor o menor temibilidad o antisocialidad del delincuente para la aplicación de la prevención o del correctivo en su caso, sin olvidar por tanto el estudio del medio social, sus defectos y los sistemas para su mejoramiento.

La influencia pues de esta escuela sobre la naturaleza y texto de la ley salta a la vista; significa un cambio radical en el Derecho penal porque estudia preferentemente al criminal; no establece penas apriorísticas fundadas en el delito ni las tasa de antemano. Concilia el Derecho social con el Derecho individual, cambia la metafísica por la ciencia práctica, no ve en la pena una retribución o un castigo sino una defensa a la normalidad de la sociedad y una posible corrección del delincuente, acepta que la pena tiene una pequeña influencia preventiva en ciertos hombres que sin ser de despreciar no es el sólo motivo para justificarla ni puede ser su único fin; no aspira a fijar antes de que el hecho ocurra todas las circunstancias que al intervenir en su consumación pueda modificarlo y pide al legislador que de acuerdo con lo que estatuyen sus observaciones científicas, delineando las distintas clases de criminales, establezca la corrección que se declare adecuada a cada grupo criminal, y pide al juez que ayudado por la ciencia observe y clasifique todos los factores que concurran en el delincuente y el hecho punible para que pueda aplicársele el tratamiento que corresponda, que en muchos casos podrá durar más o menos tiempo que el fijado por el juzgador según el efecto que pueda tener en el delincuente;

doctrina esta análoga en parte a la que sustentan los correccionalistas cuya influencia en las actuales leyes penales y sistemas penitenciarios ya hemos hecho notar; indeterminación de corrección justificada por la varia y compleja estructura humana, indeterminación necesaria que ha hecho pedir a Kräpelin, la abolición de la medida penal como bandera de la nueva escuela; reforma que por otra parte es bien conocida en los Estados Unidos de América.

Los criminales locos o semilocos se distinguen porque los móviles de sus delitos casi siempre existen solamente en sus cerebros enfermos, generalmente son impulsados por alucinaciones y frecuentemente después de delinquir se tranquilizan, se sienten satisfechos y no creen haber realizado algo injusto por muy cruel que haya sido su acción.

Otras veces el crimen cometido y que exterioriza su estado mental es seguido de una serie de actos insensatos y en definitiva de una falta de razón tan evidente en todos los actos de su vida que el más inexperto pronto se da cuenta que se trata de un loco; pero cuando los signos exteriores no son tan claros, entonces surge el verdadero peligro para el infeliz enfermo, pues los tribunales piensan muchas veces al ver estos hombres en apariencia normales, que parecen discurrir bien, que sostienen una conversación con discreción, tacto y aparente sentido común, que su locura es sólo un medio de defensa, y desechando los informes médicos declaran que no está loco y condenan el enfermo como sano dentro de la mejor buena fe y tratando con ello de limitar lo que estiman que es un abuso en las defensas.

En la clasificación de natos están comprendidos aquellos delincuentes que lo son en virtud de perversidad congénita de sus sentidos proveniniente de anormalidades de sus organismos casi siempre, cuya tendencia al delito les es innata por lo general y por ello se les llama incorregibles, puesto que se piensa que estas imperfecciones los lanzarán al delito siempre que circunstancias muy favorables del medio social en que se desenvuelvan no lo eviten.

Se caracterizan por una crueldad infinita que los hacen insensibles antes los mayores crímenes que puedan cometer; carecen de remordimientos y casi siempre cometen sus delitos por los más fútiles motivos y como medio de obtener algún fin determinado aunque este sea insignificante en relación con el medio empleado. Y esta desproporción entre medio y fin unida a los estudios antropológicos es lo que evidencia su anomalía mental.

Se ha sostenido por Lombroso, que es un ser atávico que existe en la sociedad actual a pesar de ser un verdadero salvaje, un verdadero rezagado en la evolución de la humanidad desde el hombre primitivo hasta el actual; es un ente feroz, impulsivo, sanguinario; pero que a mi juicio es también un enfermo a quien por ello debe dedicársele mayor atención y mayor piedad de la que actualmente se le concede, puesto que actúa en virtud de impulsos de su organismo enfermo.

El tipo del criminal habitual se caracteriza por una debilidad enfermiza adquirida en un ambiente propicio al mal que no le permite ofrecer la debida resistencia a las seducciones del medio ambiente, y debido a ésto, a una mala educación, a malos ejemplos, a las privaciones y a una mala preparación en fin para la lucha por la vida delinque frecuentemente para proporcionarse satisfacciones que él cree no poder obtener por otros medios, llegando a ser la delincuencia su género de vida.

Se le supone incorregible, porque reincide frecuentemente; pero quizás se olvida que las causas generadoras de sus primeros delitos persisten y que por tanto ese orden externo social vence su débil voluntad y lo hace violar la ley nuevamente.

Yo no los clasificaría como incorregibles, porque si en verdad las penas carecen para ellos de fuerza intimidativa, si se les mejorara sus condiciones para la lucha por la vida probablemente se obtendrían resultados beneficiosos.

Recuerdo que una noche llegaba a mi hogar algo más tarde que de costumbre en momentos en que un hombre iba a agredir a otro. En su cara se veía retratada la pasión, el rencor, el crimen; logré evitar el hecho e investigué su causa; * * * estuvo este hombre al borde del delito por unos despojos de comida que yacían en un depósito de desperdicios y que le disputaba el otro.

Traté de reconciliarlos, les entregué unas cuantas pesetas a cada uno; su faz varió por completo, la generosidad y la beatitud sucedieron a la pasión y al rencor, e insistían mutuamente en invitarse a cenar con el pequeño peculio que yo les había facilitado.

¡Cuántas veces se delinque por una pequeña causa y cuántas una pequeña facilidad en la vida evita el delito!

El criminal de ocasión es aquél que a virtud también de un germen morboso delinque con relativa facilidad cuando circunstancias propicias lo empujan al delito sin revelar gran perversión en su espíritu.

El pasional es el que sin instintos malvados, sin depravación alguna y siendo por el contratrio un ser honrado y digno, su escasa capacidad para refrenarse ante una afrenta; su cólera que estalla violenta y fiera ante una injuria o ante una traición, hacen que en un momento dado delinca sin premeditación y sin perversidad. Jamás comete delitos contra la propiedad y como carece de instintos criminales tiene verdaderos remordimientos y rara vez reincide; puede decirse que delinque impulsado por un rapto de locura.

La escuela positiva como estima que la justicia penal es algo más grande, más noble, más elevado y más científico que definir un delito, fijarle una pena y luego endosárselo a cualquiera que según un procedimiento judicial rutinario lo declara culpable de él; como justifica con la estadística que la pena influye en bien escasa medida para detener al criminal, se ayuda de todas las ciencias y trata no sólo de corregir al hombre delincuente sino de evitar en todo lo posible que el hombre delinca y por ello estima que deben adoptarse una serie de medidas dentro de todos los órdenes sociales tendentes a evitarlo y que ha llamado sustitutos o sucedáneos penales.

Esto ha merecido absurdas críticas, pues al tratar los positivistas de demostrar con ejemplos prácticos que algunos delitos que las penas han sido ineptas para hacerlos desaparecer, una evolución social adecuada los ha eliminado o por lo menos reducido a ínfima expresión, en son de burla, han dicho que desde luego si no existiera la propiedad no existiría el robo; que si se proclamara el amor libre no habría adulterios y que si se autorizara el ayuntamiento carnal entre consanguíneos no existiría el incesto; pero esto tiene el inconveniente de estar desposeído de seriedad y de lo necesario para establecer una discusión científica.

Abusando del vocablo "sustituto" que ha usado Ferri, se pretende hacer creer o se cree por algunos detractores que con ello se trata de abolir las penas, cuando lo que se quiere es atacar al delito en sus raíces para extirparlo o disminuirlo tanto como se pueda, puesto que los positivistas aceptan las penas y aún la de muerte.

Lo que se pretende es mejorar el ambiente y al hombre; evitar las ocasiones de delinquir, atacar en sus raíces las causas exteriores o sociales y las que existen en el organismo humano; para así, no destruir el delito completamente ya que esto por razones obvias es imposible, pero sí disminuirlo ostensiblemente obteniendo de este modo un positivo beneficio social. Evitar el delito tanto como sea posible; corregir al delincuente cuando surja, pero adecuada y científicamente esta es la verdadera mira del positivista. Que la tarea es ardua, ¿quién lo duda? pero por difícil que sea hay que emprenderla en nombre

de la ciencia, en nombre de la civilización, en nombre de la sociedad y de la honradez que lo reclaman.

No es esta la única crítica que se hace a esta escuela. La negación del libre albedrío ha sido también fuente de humorismos y de censuras que han girado al rededor de esta exclamación: "¿Cómo, admitís que un hombre no es dueño de su voluntad, que actúa a virtud de fuerzas ajenas a su deliberado albedrío y osáis condenarlo?" "¿En nombre de que principio jurídico o moral lo condenáis?"

La contestación es sin embargo fácil cuando los positivistas a su vez formulan esta pregunta: ¿Aplaudís al cantante de voz maravillosa, colmáis de honores y de gloria al genio? y, ¿por qué? ¿Es que de él depende eso que es un don de la naturaleza?

Los positivistas condenan fundados en que el delito es un hecho nocivo a la sociedad y esta tiene el derecho y el deber de defenderse; pero de defenderse justamente, sobre bases lógicas y racionales, para que tenga la garantía de la verdad; y corrige al delincuente como la sociedad encierra al loco, limita las donaciones, prohibe los juegos de azar, como condena al que por imprudencia causa un daño, como regula un sin fin de actos para que no ofrezcan peligro a la convivencia de los asociados.

Por otra parte, que exista o no el libre albedrío es indiferente ya que se ha aceptado que puede estar influído o modificado por distintos factores, tales como las pasiones, enfermedades, instintos, edad etc., lo que nos lleva como por la mano a considerar que necesariamente tiene que haber muchos más hasta ahora desconocidos, a no ser que los que critican esta faz del positivismo tengan una sabiduría tan extraordinaria que puedan exclamar: "Hasta aquí nuestro saber: Nos plus ultra."

Los estudios antropológicos craneológicos, también han dado pie para distintas imputaciones más o menos gratuitas. Se ha llegado a decir que los positivistas pedían el castigo de los hombres tan pronto presentaran los síntomas externos que ellos consideraron correspondientes a los criminales, siendo esto tan incierto como la imputación de que se trataba de borrar las penas de los códigos o de que se consideraba que todo criminal era un loco que debía ser declarado irresponsable.

"El antropólogo," dice Ferri, "estudia al hombre delincuente en los dos aspectos fundamentales e inseparables de la vida animal y humana: en la constitución orgánica y en la constitución psíquica. Naturalmente se da la precedencia a los estudios orgánicos, no sólo porque antes de la función se debe estudiar el órgano, sino porque en esa lucha contra lo desconocido, que constituye la investigación científica, es necesario conocer los puntos más lejanos para aproximarse poco a poco a los más directamente conexos con el fenómeno último de los que se quiere determinar las condiciones naturales."

Siendo por tanto como se ve, los estudios sobre el cráneo, preliminares para el estudio del cerebro, de su morfología, estructura íntima y del estado general del organismo; estudios que por otra parte no son únicos dentro del propósito de la clasificación de los criminales, sino que van acompañados de otros psicológicos, sociológicos, estadísticos, y en fin, de todas las ciencias necesarias para el vasto plan positivista.

Se arguye también que muchos hombres que presentan anomalías que según los antropólogos corresponden a los criminales, no lo son, y que habiendo existido hechos considerados como delitos en otros tiempos y que hoy no lo son, no puede ello variar la estructura de los cráneos.

A esto también contestan victoriosamente los positivistas del siguiente modo: En primer término no se pretende haber llegado a un extremo tal de perfección que permita asegurar inequívocamente todos los caracteres físicos

y morales de los delincuentes y además no se puede asegurar que un hombre que presenta las anomalías características de los criminales no deje de serlo; porque ese hombre puede no haber delinquido antes y sin embargo delinquir después del examen, porque ese hombre puede haber delinquido y haber permanecido oculto su acto delictuoso, y, porque ese hombre puede haber estado colocado en condiciones tan favorables en la sociedad que le han evitado violar la ley, y en cuanto al segundo argumento, hay que tener en cuenta que esas anormalidades son más comunes y evidentes en los grandes criminales y que también caracterizan a hombres que sin serlo legalmente, son evidentemente pervertidos e inmorales a tal extremo, que estas anomalías se han encontrado en estudios realizados por Lombroso sobre el retrato de Marat y sobre el tipo de Nerón Domiciano, Mesalina y los Césares. En fin, estos signos antropológicos caracterizan la degeneración, la imperfección, la anormalidad orgánica, moral o funcional del individuo, y así como cuando se ve un hombre raquítico, pálido, enjuto, que exterioriza una debilidad física evidente en comparación con el hombre normalmente sano decimos "Este hombre es un enfermo," expresando con ello nuestra opinión de su estado patológico, sujeta naturalmente a errores, cuando se ve que concurren determinadas anomalías en la constitución física de un sujeto, en sus acciones y en sus pensamientos, expresamos nuestra opinión diciendo: "Este es un mal hombre," susceptible también de posibles errores; anormalidades que varían y son menos pronunciadas en los delincuentes que realizan actos menos antisociales.

La antropología no es la craneología ni siquiera es el estudio físico del hombre exclusivamente. La antropología criminal estudia al hombre criminal en su historia natural y prueba con sus estadísticas que el 75 por ciento de los hombres que presentan anormalidades físicas y psicológicas han delinquido y en los que no han cometido hechos punibles anteriores al examen sólo un diez por ciento presentaban las anormalidades apuntadas y aún en éstos no concurrían en tanto número; experiencias estas obtenidas por el estudio de miles de criminales.

Estas son en líneas generales las principales entre las muy variadas teorías sobre el derecho de penar, y en consecuencia con los extremos del tema que estoy tratando, cúmpleme hacer también una ligera exposición de los procedimientos o enjuiciamientos para hacer efectivo el Derecho penal sustantivo; pues si importancia tiene éste, también y muy capital la tienen las leyes de procedimientos, ya que éstas son las que permiten en definitiva a la sociedad determinar si dentro de su cánones, legítima o jurídicamente puede imponer un castigo a determinado miembro de su seno.

En las leyes procesales también han tenido influencia decisiva los mismos factores políticos, sociales, religiosos e históricos que en las leyes sustantivas penales, y así vemos al Sacerdote, al Monarca, al Pueblo y al Estado utilizando procedimientos varios en averiguación de delitos cometidos y para determinar sus autores y las penas que debían aplicarse; fijando en muchos casos las pruebas a que habían de someterse para juzgar y cuyos principios en síntesis que informan estos procedimientos caben en la "nomenclatura del sistema inquisitivo, acusatorio y mixto" o sea, el predominio de la sociedad en el primer caso, del individuo en el segundo y un saludable eclecticismo en el tercero, que trata de armonizar la garantía social con la individual y que quiere evitar el abuso y la opresión que significa el procedimiento inquisitivo aplicado en toda su integridad y las dificultades que en la práctica advierte que pueden ocurrir en la aclaración de un hecho punible dentro del sistema acusatorio impuesto en toda su pureza.

Ha habido momentos históricos en que la prueba de la culpabilidad o inocencia se ha dejado a la pujanza del individuo o de su campeón (duelos judi-

ciarios) o a la intervención divina (juicio de Dios) obligando al juzgador a aceptar esta probanza como base de su fallo mientras que en otros se les ha brindado a estos efectos el tormento o algunas reglas de prueba.

En Roma, durante la República, el pueblo constituído en tribunal fallaba por comicios, centurias o tribus; era legislador y juez y ante ellos se usaban como prueba de descargo los laudatores que eran una especie de fiadores de la buena conducta de los acusados, reduciéndose los fallos a esta forma; "Absuelvo" o "Condeno" y así se juzga hasta el Imperio que delegó esta facultad del pueblo en los "Quœstores," jueces populares que seguían su propia convicción en los fallos y cuyo tribunal se disolvía tan pronto terminaba de juzgar el hecho sometido a su consideración, sin que estuviera obligado a dar cuenta de sus resoluciones, aunque sujeto a ciertas reglas, tales como las personas que podían o no ser testigos y el número de testimonios que debían ser tenidos como bastantes para la convicción judicial; tribunales que se hicieron después permanentes, si bien sujetos a la influencia directa de ciertos principios relativos a las penas que debían imponer y a los procedimientos que debían utilizar; añadiéndose más tarde a los miembros designados por el pueblo, otros tomados de las listas pretorianas, hasta que al fin absorbido el poder por los Césares, el Emperador es quien designa a los miembros del tribunal y quien en definitiva prácticamente condena o absuelve.

Durante el tiempo de la República no existe en realidad más principio de prueba legal en Roma que el referente a la inhabilidad de ciertas personas para ser testigos, la de los laudatores o testigos de la buena conducta del reo y la confesión del acusado que traía consigo su inmediata condena; pero a fines del régimen republicano se dedica alguna atención a los medios de prueba especialmente a la testifical y el Imperio las amplía considerablemente.

En realidad pues, en tiempos de los Reyes y de la República el sistema acusatorio rige entre los romanos para ser sustituído por el inquisitivo cuando el Imperio absorbe los derechos del pueblo; sin que pueda sin embargo fijarse ningún período de la vida romana en que existiera un sistema de reglas absolutas y detalladas de medios de prueba propiamente dichos.

La influencia germana en el derecho de los romanos se evidencia naturalmente en sus procedimientos e implanta nuevamente el sistema acusatorio, ya que sus leyes obedecen al principio individualista que las informa.

La prueba al principio tuvo un aspecto exclusivamente formal; el delincuente se purificaba por el juramento y los conjuradores que representaban a la familia, a la asociación o a la antigua comunidad, venían a prestarle su apoyo y en definitiva los juicios de Dios o los duelos judiciarios resolvían sobre la culpabilidad o la inocencia; pero ya en los Capitulares de los Reyes Francos, se contienen disposiciones de positiva importancia respecto a la prueba de las inculpaciones, sobre todo para ciertas clases de delito.

Pronto sin embargo se hace sentir la influencia eclesiástica en esta rama del derecho y el juez eclesiástico juzga y falla de acuerdo con la ley y su sentencia se dicta con vista de la prueba que se ha practicado a virtud de las múltiples reglas que los doctores en Derecho canónico han proclamado y combinado y estableciéndose una cierta confusión entre la justicia laica y la eclesiástica, el juez y el sacerdote se confunden en algunos pueblos y esta confusión perdura mezclada con la justicia feudal, en realidad, hasta los tiempos modernos relativamente de la Revolución francesa, en que un sistema mixto es adoptado por casi todos los pueblos. El sistema inquisitivo es el que se inicia secretamente por el juez que dirige toda la actuación, que acumula pruebas y forma la instrucción que es la base del juicio. Representando el interés social se inicia libremente por la autoridad judicial sin necesidad de la excitación de parte; la actuación es escrita; el juez falla sobre los cargos que él mismo ha formulado

y si fuera de aceptarse en todo su rigor, en realidad, las únicas notificaciones que debían hacerse al reo serían las de su prisión y la de su condena; rigor modificado desde luego y que hace que el procesado tenga derecho de conocer las pruebas contra él acumuladas y pueda actuar en la causa cuando llega al "Plenario" y a defenderse de la acusación antes de poder ser condenado en definitiva. El sistema inquisitivo trae también como secuela la prisión e incomunicación del reo hasta que confiesa o hasta que se agotan las pruebas que contra él se puedan aportar; dictándose en muchos casos el fallo mientras el acusado está incomunicado en la prisión. A pesar de los graves inconvenientes que se advierten en el sistema inquisitivo, más que nada por lo que puede servir para opresión política y porque las posibles pasiones, ignorancia y falta de talento y de prudencia que pueden concurrir en los jueces que lo apliquen pueden convertirlo en un verdadero peligro social, el principio que lo inspiró fué elevado y noble; pues se trató con él de evitar que personas tímidas o sufridas no tuvieran garantías contra los poderosos a quienes no se atrevían a acusar abiertamente y por ello, el poder eclesiástico, queriendo evitar atropellos y abusos lo ofreció, para que los humildes y los débiles fueran debidamente amparados por un procedimiento reservado que no obliga a descubrir a sus denunciantes; lo que aportó a través de los tiempos un arma formidable a la pasión, a la venganza y la bajeza. Tales son, a mi juicio, los caracteres más salientes de este sistema.

En contraposición con el inquisitivo se encuentra el sistema acusatorio, que se inspira en el interés personal y que si se implantara en toda su pureza, en realidad no podría iniciarse sino a virtud de una acusación pública o privada; sin que pudiera imponerse pena alguna, sino a virtud de una solicitud en ese sentido. Las actuaciones serían públicas desde su iniciación de modo que las partes tuvieran participación en ellas para proponer o en su caso oponerse a las que estimaran impertinentes o capciosas; cuyas diligencias en definitiva sólo podrían considerarse como datos tendentes a determinar si debía dirigirse el procedimiento contra determinada persona por aparecer de ellos motivos racionales en su contra, pero sin que pudieran significar una base de culpabilidad, ya que en el juicio oral y público es cuando se determinaría la existencia de la culpabilidad o inocencia del enjuiciado; amén de que la resolución que se dicte en las actuaciones del juzgado es apelable antes del juicio oral.

Por el sistema acusatorio se establece un debate desde el comienzo de las actuaciones; debate público, igualitario, leal y equitativo, que si bien no desconoce los derechos sociales tampoco ignora los individuales, y tras una libre apreciación de toda prueba racional que se presente, un tribunal, distinto a aquél que ha instruído el sumario, falla; debiendo mientras tanto estar en libertad el procesado que puede recusar a sus juzgadores y sin que éstos tengan derecho para ordenar la práctica de diligencias de prueba que no hayan sido propuestas por las partes, adoptándose en puridad un método sintético en vez del analítico propio del inquisitivo. Hoy casi todos los pueblos civilizados han procurado conciliar estos principios en un sistema mixto, aceptándose de acuerdo con cada ambiente social los caracteres más apropiados de cada uno, y por regla general, en un principio, cuando se está tratando de investigar el hecho delictuoso y su autor, el procedimiento reviste los caracteres del inquisitivo y en algunos pueblos hasta el momento de declarar procesado al presunto delincuente, que puede o no, gozar de libertad, unas veces confianza y otras sin ella, según la clase de delito cometido, no se le da instrucción de lo actuado; pero desde este momento es parte en la causa y puede ser asistido de letrado defensor y proponer todos los medios racionales de prueba para tratar de demostrar su inculpabilidad, sin que por esto esté el juez o tribunal desposeído de facultad

para ordenar la práctica de las diligencias de prueba que estime conveniente. De modo que durante el sumario reviste caracteres de inquisitivo y de acusatorio en el juicio propiamente dicho, variando en uno y otro extremo del enjuiciamiento los caracteres de uno y otro sistema según el pueblo que los aplica, y de los cuales unos confían el poder de juzgar a jueces togados mientras los otros conceden esta facultad a individuos del pueblo que se constituyen en jurados y resuelven sobre la culpabilidad del reo, y en algunos países también sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que puedan concurrir en un delito.

En todos los países pues donde impere el sistema acusatorio, cualquiera que sea su amplitud podrá existir el jurado; puede decirse que es su base, y ya que los argumentos orales en pro y en contra del acusado tratan de justificar su culpabilidad o inocencia o la forma en que cada cual afirma que ocurrieron los hechos, lógico es que sobre estos puntos puedan resolver jurisperitos o jueces populares, bien que estos últimos necesiten quien con conocimiento de la ley resuelva sobre ciertos extremos de índole legal que puedan ser necesarios en la tramitación.

Desconozco en la práctica la actuación de los jurados; en Cuba no existe esta institución. Se implantó para conocer de los delitos sometidos a la competencia de los juzgados correccionales por la Orden Militar del Gobierno Interventor, No. 213, de 25 de mayo del año 1900, y fué suprimida en 1902, por la número 34 de 31 de marzo, en esta forma: "En el Artículo XLI de la propia orden se suprimen las palabras "con el jurado," lo que hizo que el ilustre profesor de Derecho procesal de nuestra Universidad Nacional, y actual Senador de la República, Dr. Ricardo Dolz, dijera, parodiando a Spencer, en su discurso de apertura del curso académico de 1913 a 1914, al referirse al jurado entre nosotros: "Falsa membrana del cuerpo colectivo, sin ligamen fisiológico con lo restante del conjunto social." Pero existe en la actualidad ante el Senado de nuestra República, pendiente de discusión, un proyecto de ley del jurado, presentado por el Dr. Erasmos Regueiferos, Senador por la provincia de Oriente.

Utópicamente, no deja en cierto modo de gustarme el jurado; pero no puedo tampoco dejar de pensar en los graves riesgos que puede ofrecer, y que creo pueden acentuarse o disiparse en razón directa de las características de los pueblos que lo utilizan; mas, no siendo este asunto sujeto a discusión en este trabajo, que por otra parte sería yo el menos llamado a tratar, me limitaré a expresar mi creencia de que el jurado es compatible con los modernos sistemas de enjuiciar y aún con la escuela positiva que lo combate.

Esencialmente y salvo detalles sobre su constitución, delitos que se someten a su consideración y problemas que deben resolver y que varían según las legislaciones de los pueblos que lo han implantado, el jurado se compone de ciudadanos sacados del pueblo, que sólo son jueces de hecho, que están eximidos de toda regla de prueba legal y cuyos fallos deben ser inspirados en su convicción personal, no teniendo que dar cuenta de su sentencia.

La escuela clásica en cualquiera de sus eclecticismos es compatible con el jurado así como también la correccionalista o la positiva, porque bien la sociedad pene como justicia retributiva, intimidativa o mixta; teniendo por objeto educar la voluntad antijurídica del delincuente como la correccionalista; aceptando la negación del libre albedrío o sea el determinismo de la positiva, cualquiera que sea la base fundamental de la imposición social al delincuente o al sujeto socialmente temible, tiene que existir un hecho realizado por alguien, cuyo hecho se considera socialmente anormal y jus-

ticiable y un sujeto que hay que determinar si ha sido o no su autor, y para determinarlo, son materialmente tan capaces los togados como los jurados, si bien hay en todos los procesos extremos de orden legal que deben ser resueltos por jurisperitos.

Conozco los cargos que se dirigen contra los jueces profesionales; sé que se les suponen ciertas deformaciones propias del contínuo desempeño de sus cargos que les produce cierto fatalismo y cierta despreocupación en el ejercicio de sus funciones, y quisiera hacer constar, que habiendo intervenido como defensor en unos tres mil procesos, sólo he advertido en los magistrados de mi país el propósito de investigar por todos los medios lícitos la verdad de los hechos sometidos a su consideración, sin prejuicios, coacciones ni debilidades; abstracción hecha de cualquiera que fuese la posición social, política o económica de los que intervenían en las causas; que nunca han condenado a un acusado o procesado sin haber aceptado todos los medios racionales propuestos por mí para tratar de justificar su inocencia; que nunca he podido decir con justicia después de haberme condenado a un defendido, que fuera inocente, y que siempre que me los han absuelto, yo, ocupando el puesto de juzgador también lo hubiera hecho.

Las escuelas de derecho sustantivo tienen pues escasa influencia en la ley adjetiva de procedimientos dentro de la esfera y límites de los procesos ante jurados; si bien como es sabido la escuela positiva tiende a establecer extraordinarias reformas en el procedimiento, que sin embargo, a mi juicio, no afectan a su existencia.

Ferri reúne las innovaciones de la escuéla positiva en el procedimiento criminal en tres grupos a base de los siguientes principios:

Primero: La fuente de nuevos indicios alimentada por los datos de la antropología y estadística criminal. Segundo: El restablecimiento de la igualdad de derechos y de garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada. Tercero: La esencia del juicio penal una vez probada que el imputado es reo, para hacer constar no ya la responsabilidad moral, sino también establecer a que categoría antropológica pertenece y por tanto cual sea su temibilidad.

El primero de estos principios aplicado al procedimiento ofrece según los positivistas ventajas para la busca e identificación de los criminales, aportando factores de positiva importancia para por otra parte determinar la capacidad de delinquir de los supuestos culpables, que por ello permitiría en muchos casos abandonar a los jueces y a la policía falsas pistas dándoles oportunidad para no distraer tiempo y energías que puedan emplearse en la busca del verdadero culpable y evitando en otros casos que por indicios casuales se llegue a condenar a un hombre que por los medios antropológicos pueda demostrarse a pesar de ello, que carece de capacidad para delinquir; debiendo servir los datos esfimográficos sobre las variaciones del círculo sanguíneo en las diversas condiciones fisio-psicológicas y patológicas, como elementos no sólo de diagnóstico en general, sino también para determinar en los problemas planteados por la simulación de enfermedades.

El segundo principio lo informa la exagerada consideración individual que cree la nueva escuela existe actualmente como reacción contra los abusos del procedimiento inquisitivo y trata por ello de establecer el equilibrio que entiende debe armonizar los derechos y deberes sociales e individuales.

Poco se puede decir respecto a este extremo, ya que su autor se refiere especialmente a la legislación de su patria modificada ya en algunos extremos; censurando hechos y defectos que no existen en la de otros países por otra parte.

Critica el principio *in dubio pro reo* en caso de confesión, delito flagrante; cuando se trate de un criminal nato, loco o habitual; o cuando dentro del sumario se haya acumulado una serie de fuertes presunciones contra el reo; prin-

cipio que considera peligroso cuando se aplica para considerar en casos de tentativa de un delito indeterminado, que el culpable trataba de cometer el más benigno jurídicamente considerado.

Combate la libertad provisional del acusado cuando ha sido condenado en la primera instancia del juicio y el hecho de que las papeletas ilegibles o en blanco del jurado se cuenten a favor del reo y el fundamento del extremo que existe en ciertas legislaciones por el cual aunque haya indicios de responsabilidad contra el acusado, sino son bastantes se le absuelve haciendo imposible abrir contra él un nuevo proceso cuando se obtengan más pruebas; anatematizando así el principio *in dubio absolvendum;* impugnando también la razón por la cual no pueda aumentarse la pena en casación cuando es el condenado quien establece el recurso y pide que pueda existir el de revisión contra los fallos que favorezcan a los reos como compensación a los recursos que éstos puedan establecer; condena la amnistía y los indultos y pide garantías positivas para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por los delincuentes, y el establecimiento de la acción popular.

Como dije, muchas de estas reformas que solicita la nueva escuela ya existen y aún existían cuando por ella se advirtió su necesidad, de modo que las he expuesto solamente por razón de método y para poder apreciar en toda su magnitud el espíritu de la escuela positiva en lo que al procedimiento se refiere.

El tercer grupo contiene al desarrollar sus doctrinas, verdaderas novedades en el procedimiento, naturales dado las teorías que sobre el delincuente y el delito sostiene la nueva escuela.

Al considerar los positivistas la pena como una defensa de la sociedad y no como una retribución en el castigo por la culpa, encauzan el juicio penal en el sentido de investigar si le es imputable al reo el delito sus causas y circunstancias, y, averiguado ésto, investigar a que categoría antropológica corresponde y por ello cual es su temibilidad y la imposición a que debe someterse.

En el primer extremo del juicio se establecerá el debate correspondiente para determinar si el reo realizó el hecho que se le imputa y determinado este extremo si los motivos impulsivos del acto imputado fueron legítimos o por el contrario antisociales y antijurídicos. En el primer caso, puede discutirse la absolución del enjuiciado; en el segundo, huelga esta discusión por cuanto la antisocialidad y la infracción jurídica cometida deben determinar siempre una coacción social contra el delincuente cualquiera que sean sus condiciones psicológicas y psico-patológicas, reduciéndose aquí el problema a determinar a que categoría antropológica pertenece. Para esto, un nuevo debate entre la acusación y la defensa de modo de fijar científicamente si se trata de un criminal loco, nato, incorregible o habitual, de ocasión o por pasión; para así aplicar en definitiva el medio defensivo más apropiado, que podrá ser, respectivamente, el manicomio criminal por tiempo indefinido o para siempre según los casos, reclusión en un establecimiento especial o la deportación, cárcel o penas de interdicción y pecuniarias o reprensión judicial, detención y el resarcimiento de los daños y perjuicios, y aun la pena de muerte según algunos positivistas entre ellos Lombroso, en determinados casos; sobre todo, para reincidentes en delitos graves contra las personas y en los que realizan miembros y asociaciones criminales, considerada aquí la pena de muerte como inspirada en el mismo principio que la legaliza en casos de guerra; pudiendo aplicarse también indistintamente y según los casos, los arrestos domiciliarios, algunas penas corporales, caución, condena condicional, etc.

Desde luego, esta forma de enjuiciar trae como necesaria consecuencia la formación de un cuerpo de peritos médico-legales, especiales, para determinar la estructura antropológica del reo, cuyo diagnóstico puede en caso de controversia ser consultado a una comisión científica superior que decida; decisión

que debe ser obligatoria para los jueces en su parte esencial técnica reservándoles el derecho de pedir aclaraciones e ilustración en estas materias que puede dar el Presidente del colegio pericial en nombre colectivo.

El Código Penal será según la escuela positiva un conjunto de reglas aproximadas fundadas en la psicología, antropología y estadística criminal, especialmente, y que servirán de guía al juzgador dándole instrucciones generales, si bien obligado a estudiar concreta y científicamente cada caso auxiliado por los peritos en estas materias.

Combate el procedimiento positivo la existencia de los actuales magistrados y del jurado; y estima que debe crearse un cuerpo de funcionarios que realicen estudios especiales para el examen psíquico del delincuente, para a virtud de estos estudios antropológicos y sociales poder determinar su temibilidad y adoptar las oportunas medidas de defensa social. Competencia científica en vez de la ignorancia de los actuales jueces y jurados es lo que quiere la nueva escuela. Pero si el juicio penal debe siempre comenzar por una investigación que determine si una persona ha tenido participación en la realización de un hecho, lógico es la posibilidad de la existencia del jurado a estos fines, aunque más tarde científicamente se determine a virtud de que fuerza el autor consumó el hecho y así quizás podría con mayor propiedad preguntarse al jurado: 1°. Si A, realizó o no el hecho que se le imputa. 2°. Si lo realizó a virtud de algún principio legítimo o por el contrario antisocial y antijurídico, y en el primer caso abrir un debate sobre la absolución o condena del enjuiciado cuyo extremo podría ser también materia sujeta a la decisión del jurado y en este último caso o cuando haya declarado que el hecho realizado es imputable, antisocial y antijurídico, determinarse científicamente por el cuerpo de peritos la estructura antropológica y la temibilidad del reo, para que a su luz imponga en definitiva al criminal la defensa social que entienda adecuada en relación con todos estos extremos y con las reglas generales insertas en el Código de Derecho penal como guía para estos casos.

Por tanto se ve que el jurado es perfectamente compatible con el procedimiento que para enjuiciar propone la escuela positiva.

El Derecho consuetudinario penal, el Derecho establecido por la costumbre, puede considerarse que tiene su origen en lo que podemos llamar a estos efectos delito natural.

En efecto, hay una serie de actos contra las personas y las cosas que a éstas pertenecen, reconocidos unánimemente en cada pueblo como actos injustos y por su causa surge la venganza, la expiación, los arreglos, etc., para castigar o reparar lo que en la conciencia de una comunidad se estima como nocivo. Este estado de conciencia social que se va formando y calificando esos actos en esa forma, consolidándose a través de las generaciones llega a declarar concreta y determinantemente que ciertos actos son antisociales y por ello dignos de reprensión o de castigo y al concretarse también los que como tales son aplicables, se completan por obra de la costumbre una serie de reglas que todos se sienten obligados a aceptar, a cumplir y a aplicar y se forma el Derecho consuetudinario que como se ve surje como obra de la conciencia social de una colectividad por medio del acuerdo tácito que toma al señalar como delitos ciertos hechos y más tarde su sanción, dentro también de ciertos límites tácitamente aceptados.

En los primeros tiempos el Derecho penal romano surge de la costumbre, pero cuando se constituye y se concreta sólo la admite como guía para la interpretación de la ley.

Los germanos tradujeron en leyes sus costumbres y la influencia del Derecho Romano, la hace ir alejando como ley aunque la conservan como fuente de derecho a falta de Derecho común y los actuales pueblos civilizados casi total-

mente la rechazan como Derecho penal obligatorio, si bien admiten la existencia de principios generales que se aplican en determinados eventos y la interpretación que a las leyes dan los tribunales, lo que en realidad forma el Derecho consuetudinario moderno ya que de otra manera no podría concebirse hoy, pues que los múltiples hechos que en la actualidad se consideran como delitos resultan en gran parte de un marcado sabor convencional que haría en la práctica inaplicable la costumbre como ley penal, ya que repugnaría condenar a un hombre por un hecho que la sociedad no le ha advertido que es punible y que por su naturaleza, diversidad y complexidad puede muy bien ser en un caso dado que el ciudadano ignore que era una acción prohibida y punible.

Actualmente, cuando la conciencia social de un pueblo o cuando la necesidad de la vida social interesa que determinado hecho se considere como atentatorio al bien general, el legislador, que en esta exteriorización de la vida del pueblo lo representa, es quien debe formular la ley que prevenga como nocivo determinado hecho y fijarle su sanción; para que el hombre sepa que aquello está prohibido y penado y trate de no realizarlo por el respeto a esa ley, de suerte que ésta realice su advertencia y fije la sanción que recibirá su desprecio y para que el ciudadano se dé cuenta exacta de los límites de ésta.

De modo que la costumbre considerada como un estado de tácito convenio social señala los hechos que estima dañinos y punibles en los pueblos primitivos y este mismo estado de conciencia social que viviendo a través de los tiempos origina la costumbre, es el espíritu, es el alma de las leyes que sólo son fórmulas que la regulan en razón a los múltiples beneficios que ello reporta. La costumbre forma el derecho en términos abstractos, el Derecho se encarna y se formaliza en las leyes que lo encauzan y lo reducen a fórmulas obligatorias, y, trae como consecuencia en la actual vida del Derecho penal, que sólo se consideren como delitos los hechos que como tales preveen las leyes penales y que no se pueda aplicar otra pena que la advertida por la ley; mientras toma de la costumbre los principios de orden restrictivo en la interpretación y aplicación de la penalidad al reo, la retroactividad de las leyes penales sólo cuando lo benefician, el llenar cualquiera laguna que se observe sobre la imputación a su favor; la duda en fin resuelta siempre en el sentido de mayor benignidad para el acusado; siendo este principio en la mayoría de las actuales legislaciones la única facultad que para aplicar la costumbre se ofrece a los jueces salvo su derecho de interpretar las leyes; principio contrario al que informa el Derecho consuetudinario en que el legislador es realmente el juez pues es el que declara si determinado hecho es o no y dentro de que límites punible.

En los tiempos primitivos se transmitía el Derecho consuetudinario oralmente, de generación en generación; bien a todo el pueblo o a sus miembros privilegiados; constituyendo el primero "Las Mores Majorum" que es la verdadero costumbre. En los tiempos modernos el Derecho consuetudinario está constituído por los fallos judiciales cuyos precedentes sirven de norma a los posteriores en casos análogos. Necesita por tanto la costumbre estar sancionada por los Tribunales para obligar como Ley, determinando así una facultad legislativa en el juzgador, amén de ciertas disposiciones de orden general que se establecen para aplicarse a multitud de casos que por razón de su número y naturaleza sería imposible catalogar, y, la facultad de interpretación de las leyes que corresponde a los tribunales, sobre todo, a los de casación, que por medio de la jurisprudencia al fijar el alcance de una ley interpretando lo que supone que quiere decir, realiza de cierta manera una obra que pudiéramos llamar legislativa al establecer puntos de Derecho que si bien dimanan de la ley misma, no es menos cierto que es el tribunal quien por su

sentencia los hace observar dándoles fuerza obligatoria como fallo y más tarde, si se consolida en doctrina legal como verdadera ley; situación jurídica ésta conocida ya por el antiguo Derecho donde los glosadores tuvieron importancia positiva.

El Derecho consuetudinario pues, tiene su razón de ser en la costumbre que lo establece al repetir una opinión inveteradamente y tiene su fuerza jurídica en la decisión de los tribunales que la aplican y que sirve de norma para aplicaciones posteriores a casos análogos. Mientras que el Derecho común, fundado también en la conciencia social es impuesto a título de ley por los poderes públicos encargados de esta misión por la propia colectividad y está sujeto a formalidades especiales para tener valor obligatorio.

Hay quien ve en las declaratorias de culpabilidad o inocencia o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que hacen los jurados la aplicación de la costumbre como ley, ya que en muchos casos a pesar de ser jurídicamente considerado como delito un hecho determinado, el jurado puede declarar no culpable al enjuiciado fundando su convicción en algún extremo de orden moral o social que le haga pensar que a pesar de la comisión material del hecho deba por cualquiera razón exculpar al acusado; muchas veces hasta por parecerle excesiva la pena aplicable al delito que se imputa; ocurriendo también en los que tienen facultad para determinar sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal declarar que concurren atenuantes como medio de reducir la penalidad.

Existe en algunos países la ley común no escrita que encierra un cuerpo de preceptos legales que son respetuosamente observados por los tribunales y merced al conocimiento que el pueblo tiene de ella, de su fiel observancia y de los principios científicos que la informan y de las reglas de prueba que contiene, resulta de importancia inmensa para los juicios ante jurados, pues los instruye sobre las pruebas que pueden admitir, sobre su eficacia, organización y empleo; fija la forma en que deben ser interrogados los testigos y llegan a declarar estos extremos puntos de derecho en casos de duda, a resolver por los jueces de derecho cuyas decisiones acatan en estos casos los jurados, que en estas condiciones llenan su cometido dentro de las mejores condiciones de posible acierto.

Habiendo pues tratado de dar una ojeada general a las materias contenidas en el presente tema, en cumplimiento de lo indicado para su desarrollo por el programa preliminar, trataré ahora de presentar su resumen.

El sentimiento de irritación que produce al ser humano el ataque a su persona, a sus sentimientos, a su familia o a su propiedad, engendra una reacción, una imitación del hecho que a él le ha producido dolor o daño, y que realiza contra el agresor por defensa o por venganza, con el objeto de hacerlo sufrir también un mal que lo coloque en la posición desventajosa en que él a su vez fué colocado por quien lo atacó; reacción que reviste caracteres de defensa o de venganza según el momento en que se manifiesta y que puede ser individual o colectiva, siendo pues la venganza, la base de la justicia penal primitiva.

Para mitigar los excesos de la reacción individual o familiar, la justicia penal se reviste de forma social y los jefes de las tribus la administran estableciéndola dentro de ciertos límites, que aunque muchas veces grotescos y siempre bárbaros, representan un progreso.

Pasa después esta atribución al sacerdote, adquiriendo con ello un matiz religioso que da origen a la expiación o venganza de la divinidad ultrajada por el delito como base de la justicia penal, y esta idea perdura y el sacerdote sigue administrando justicia aun cuando existan poderes laicos, hasta que ambos van concretando su misión y surge con Beccaria su fase ético-jurídica para iniciarse después con la escuela positiva su aspecto científico teórico actual.

Las teorías que surgen para justificar el derecho de penar y para armonizarlo

en todas sus relaciones con la sociedad desde que el individuo, por conducto del insigne milanés le interrogó con que derecho le castigaba, son múltiples. Las más importantes según Bauer, son las siguientes:

I. Teorías absolutas (de retribución), esto es, que no refieren la pena absolutamente a fin alguno, sino que la reputan como mera consecuencia necesaria de la acción ilícita.

II. Teorías relativas, según las cuales se considera la pena como medio para un fin jurídico, que al cabo y en general viene a consistir en el mantenimiento del orden del derecho. Ahora, en vista de los diferentes modos como este fin ha de alcanzarse, se subdividen a su vez en:

(A) Teorías de compensación (de restitución, de reparación), que refieren la pena a la perturbación efectivamente cometida en el orden jurídico, proponiéndose como fin inmediato reparar esa perturbación (compensar, destruir el daño ideal del delito).

(B) Teorías de prevención, que fundan la pena en las lesiones posibles del orden jurídico en lo porvenir, asignándole por fin inmediato precaver dichas lesiones.

Estas teorías se han subdividido nuevamente en:

1. Teorías ejecutivas (de ejecución penal), que creen conseguir este fin de la prevención, mediante la aplicación (juicio y ejecución) de la pena.

A su vez, esta aplicación de la pena obra:

(A) O meramente sobre el criminal (*a*) para mejorarlo interiormente: teoría de la enmienda; (*b*) para proteger contra él al Estado: teoría de la defensa en general; que es: (a) para prevenir ulteriores atentados de su parte: teoría de la prevención especial; (b) para defender al Estado: teoría de la defensa necesaria o de la propia conservación.

(B) O sobre todos los ciudadanos, por el temor que en ellos produce la ejecución de la pena: teoría de la intimidación o del escarmiento.

2. Teorías conminatorias (de prevención general), que aspiran a conseguir el fin de la prevención amenazando con la pena (la ley penal), a saber:

(*a*) En cuanto por este medio deben apartarse del delito todos los ciudadanos: teoría de la coacción psíquica (llamada también de la intimidación).

(*b*) En cuanto de esta suerte, todos los ciudadanos deben hallarse advertidos antes de la comisión del delito: teoría de la advertencia.

Finalmente, cuando una teoría parte manifiestamente de diversos principios y fines de la pena, se la llama mixta, compuesta o sincrética, a distinción de las teorías simples o puras.

La base de la justicia penal en la justicia misma, en el castigo, en la retribución, coloca a los pueblos en el mismo estado de salvaje irritabilidad en que estaba el individuo en las fases de las más primitivas etapas del Derecho; considerar la pena como una consecuencia necesaria del delito porque a un daño deba seguir otro daño, cualquiera que sea la apariencia que intente dársele es el Talión que tanto censuramos en la actualidad; es la venganza que la sociedad toma, y que sin embargo castiga en el ciudadano. Está desprovista de toda base equitativa, racional y científica; es simplemente la exteriorización del sentimiento grosero y ruin de la venganza legalizado por la civilización, con la agravante de que lo dora al presentarlo para que no luzca mal y lo usa a sabiendas de que con ello ni llena su misión ni protege, ni evita ni hace justicia.

Realiza un hecho que es un delito al penar otro porque lo es; agrega a un mal causado otro mal cuya intensidad y duración ha prefijado arbitrariamente como si todo el que comete un hecho calificado de determinado delito lo cometiera a virtud de las mismas causas; causa un daño por la única razón de que alguien causó otro ¡y a ésto le llama justicia!

La teoría de la prevención o intimidación ya que en el fondo se confunden aunque aparezcan tener ciertas diferencias capitales, tiende con la pena, con el mal que hace sufrir al delincuente a evitar su reincidencia y el delito de los demás por la ejemplaridad del daño sufrido que supone engendra un sano temor que por su amenaza separa al hombre del delito y al delincuente de su repetición.

Tiene incuestionablemente en el fondo una base más lógica, más practica y más sana que la anterior, porque evidentemente no puede negarse que la amenaza de la pena como daño inmediato corporal o patrimonial y como daño reflejo en la reputación del individuo, tiene una fuerza para evitar el delito en muchos casos y en muchos ánimos; y por lo tanto representa un beneficio a la sociedad evitándole una cantidad de daño al evitar una cantidad de delito y beneficia asimismo al que en su virtud no delinque, puesto que le hace desistir de la comisión de un acto que posiblemente le hubiera acarreado una situación anormal y difícil y un demérito social; pero que está muy lejos de ser una teoría científica equitativa ni racional.

En efecto, para que así fuera sería menester que se hubiera demostrado que la prevención del delito por la pena se alcanza por lo menos en la gran mayoría de los miembros de una sociedad y no como acontece que en realidad sólo sirve de temor para los hombres honrados ya que los verdaderos delincuentes saltan con facilidad el obstáculo de la posible pena con esperanzas de impunidad en unos casos, con completo desprecio de las consecuencias de su delito en otros y por ende sin que sus ánimos sufran la coacción de la intimidación por la posible pena. Lo que demuestra que con esta teoría la sociedad no está en verdad protegida contra el delito en forma bastante para ser aceptable, mientras el delincuente tiene derecho a decir que se le castiga no ya por el delito que él realizó sino para evitar que otro delinca; que se le trata como cosa, injustamente como medio, despojándolo de todos sus derechos de hombre; teoría que por otra parte nos llevaría como por la mano a las penas bárbaras de otros tiempos ya que su único propósito es amedrentar los ánimos, y, por lo mismo, sería también necesario que la repetición de los delitos a través de los tiempos demostrando así que las penas no llenaban propiamente su misión intimidativa hiciera que éstas fueran acreciendo en intensidad hasta llegar a la meta de todos los suplicios posibles y contra natura, que sin embargo, lejos de realizar su misión preventivo-intimidativa, por el contrario, embotarían los sentimientos, intensificarían las pasiones y los delincuentes serían mirados como justos y buenos; verdaderos mártires de la irracionalidad de esta teoría, hecho este que como ejemplo nos brinda la historia y que desgraciadamente aún en la actualidad ocurren en los pueblos más civilizados como consecuencia necesaria de la burda idea de la intimidación tomada como única base de la justicia penal, completamente en desacuerdo con el fin que persigue ya que se desconoce el efecto de la pena en el espíritu de los que la sufren reflejamente dentro del poder intimidativo que se le supone y cuya medida exacta no se puede fijar ya que actúa distintamente en los hombres toda vez que sus ánimos son variables de unos a otros sin que por tanto cumpla la finalidad que como principio la informa.

De modo que a pesar de ser su única base impedir por la intimidación la reincidencia de unos y la comisión de delitos por los demás se reincide y se delinque diariamente y no obstante la prevención e intimidación siguen siendo un pretexto para aplicar penas y contentar al vulgo que con ello se cree resguardado y seguro al no darse cuenta que esta intimidación por la pena sólo tiene efecto sobre los hombres menos peligrosos y que carece de él en los verdaderamente pervertidos o delincuentes.

El delito es sin embargo un mal grave que hay que combatir y el delincuente un ser que significa un peligro para la sociedad en que vive ya que con desprecio de todas las convenciones realiza actos que ésta ha prohibido por considerarlos como perjudiciales al bienestar general, y por tanto, y dentro de la indiscutible tutela que ejerce por medio de los poderes públicos que la representan, tiene ésta que tomar medidas adecuadas en defensa y garantía del orden que ha impuesto al conglomerado por considerarlo como el más acertado método de convivencia; pero medidas que representen una verdadera garantía social para todos, y esto sólo se obtendrá cuando se abandone la idea de la venganza y de la intimidación que hoy informan el espíritu de todos los Códigos y se pida a la ciencia la verdadera norma que para ello deba seguir.

La escuela positiva ha trazado el camino de mano maestra, ha demostrado que el hombre delinque o nó, a virtud de una serie de fuerzas que actúan sobre él en determinado sentido y ha propuesto medios profilácticos que constituyen una verdadera garantía general, puesto que por una parte atacando las causas de los delitos, éstos disminuirían de un modo considerable, por otra, facilitando con sus sesudas observaciones el modo de estudiar las fuerzas interiores que hayan hecho delinquir a un hombre, facilitan al aplicarle a éste después de su delito el régimen que tiende y que seguramente en muchos casos evitará que reincida. Evitar, tratar de evitar por todos los medios posibles que persistan las causas sociales del delito, que así también colocado en un terreno menos fértil le será más difícil delinquir al que lleve en sí su causa determinante; tratarlo apropiadamente cuando a pesar de ello delinca; esto es racional, equitativo y científico y esto será la justicia penal del próximo futuro. Claro es, que como toda innovación capital traerá tras sí un mundo de desconfianzas y protestas; también fueron tras el ilustre genovés cuando declaró que existía un nuevo mundo, pero como él gritará también ¡Tierra! quien despojado de prejuicios y misoneismos implante la justicia penal sobre una base científica, formidable porque es lógica, práctica y racional; se llegará también a no dudarlo a demostrar que el criminal incorregible no existe, ya que como dice Roëder: "Es incontestable que aún el hombre más corrompido y degradado continúa siendo hombre: esto es, un ser en el cual jamás se extingue del todo el divino destello de la razón, eternamente capaz de infinito desarrollo; sin que sea lícito por tanto dudar de esta perfectibilidad mientras viva."

Entonces no más horcas ni presidios, no más sevicias ni rudezas; ciencia, sólo ciencia para combatir con eficacia práctica lo que hoy se combate con enferma metafísica.

Esta es la bella realidad que a mi juicio aguarda a la ciencia penal con su dulce secuela de confraternidad y de amor; caridad, beneficencia, asilos, refugios, socorro a los pobres, sociedades de inmigración, de colocación, instituciones para niños abandonados, de educación, de socorros mutuos, de previsión y socorros a los delincuentes, reformas en fin para purificar el ambiente social y para darle a cada uno un poco de facilidad en la vida y un poco de felicidad para vivirla que son remedios más eficaces contra el delito que las más sabias leyes promulgadas para castigar.

El Código Penal se limitará a determinar qué actos prohibe por considerarlos contrarios a la convivencia social y a determinar que cuando a pesar de esta prohibición se cometan, los que tal hagan quedan sometidos a la tutela social, la que por medio de los hombres de ciencia en que delegue determinará que clase de tratamiento deben recibir para readaptarlos al medio social del que los sustrae por razón del delito que han cometido y hacerlos útiles a ellos mismos,

a sus familias y al procomún; pudiendo por medio de jueces o jurados predeterminar si realizaron o no el hecho imputable como delito, bien que serían preferibles jueces togados a seanse hombres dedicados especialmente a juzgar, que tienen la garantía de su saber, de su cultura jurídica y social, porque esto parece más lógico que dejar en manos de personas inexpertas, impresionables, indoctas y las más de las veces incultas, la resolución sobre la culpabilidad o inocencia de un ciudadano.

Se duda en muchos casos de la eficacia de los procedimientos positivistas, pero hay que considerar que todas las grandes innovaciones traen consigo desconfianzas y alarmas. En mi país, se tardó mucho en dar crédito al ilustre Dr. Finlay, cuando declaró que la fiebre amarilla la trasmitía el mosquito, y su trasmisión se achacaba seriamente a las más diversas causas; hoy, el descubrimiento ha salvado miles de vidas y se piensa en la ridiculez de las ideas que atribuían la propagación de esta enfermedad a otros factores, y esto mismo ha ocurrido siempre que se ha descubierto la verdadera causa de cualquier problema por resolver y ocurrirá dentro de poco al darnos cuenta de lo desacertados que hemos estado en lo que a la justicia y a la ciencia penal se refiere.

La costumbre que tiene como ley gran importancia en muchas legislaciones en lo que al Derecho civil o contractual se refiere es a mi juicio inaplicable al Derecho penal.

El Derecho penal debe estar circunscrito a términos claros, concretos y concisos de aceptarse la Ley Penal tal como está consignada y entendida en los actuales tiempos.

El hombre debe saber todo lo que le está vedado y la sanción que puede corresponderle a la violación de los preceptos prohibitivos de ciertos actos, mucho más cuando en la actualidad hay una serie de delitos estrechamente convencionales que no corresponden a lo que a estos efectos podemos designar como delitos naturales y que son más que nada el producto de necesidades muchas veces transitorias y que por lo mismo en muchos casos sería difícil de señalar los límites de su comienzo como obligación y los de su desuso.

Unamos pues nuestros esfuerzos y pidamos todos aquí y cada uno en nuestro país a los legisladores, a la prensa y al pueblo, que depositen su confianza en la ciencia para que ésta por medio de sus preclaros apóstoles le brinden a nuestro siglo la gloria de asentar la justicia penal sobre una base tan sólida como la roca que gallarda y bravía resiste los embates del mar impetuoso y fiero que al chocar contra ella se tuerce, gime y por fin cae deshecho a sus pies.

OBRAS CONSULTADAS.

Aramburo: La Nueva Ciencia Penal.
Aguilera: Enjuiciamiento Criminal.
Brusa: Derecho Penal.
Blanco: Derecho Penal.
Carrara: Derecho Criminal.
Clark's Criminal Procedure.
D'Acevedo, Castello Blanco: Criminología y Sistemas Penitenciarios.
D'Aguano: La Nueva Ciencia Jurídica.
Dorado: Derecho Penal.
Ferri: La Justicia Penal—Los Nuevos Horizontes del Derecho—Sociología Criminal.
Garófalo: Victimas del Delito.
Lombroso: El Delito.
Liszt: Derecho Penal—La Legislación Penal Comparada.

Mouton: El Deber de Castigar.
Mittermaier: Prueba en Materia Criminal.
Merkle: Derecho Penal.
Pessina: Derecho Penal.
Pastor y Alvira: Derecho Romano.
Pacheco: La Ley del Jurado.
Proal: El Delito y la Pena.
Roëder: El Delito y la Pena.
Reus: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Tarde: La Criminalidad Comparada—Estudios Penales y Sociales.

The Chairman. Gentlemen, the program for this morning is now concluded.

Thereupon the session adjourned at 12.28 o'clock.

SESSION OF SUBSECTION 1 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Tuesday afternoon, December 28, 1915.

Chairman, CHARLES NOBLE GREGORY.

The session was called to order at 2 o'clock by the chairman.

Papers presented:

Inaugural Address, by the Chairman.

How can the people of the American countries best be impressed with the duties and responsibilities of the State in international law? by David Jayne Hill.

The study of international law in American countries and the means by which it may be made more effective. Papers by Jacob Gould Schurman, James W. Garner, and Clement L. Bouvé.

INAUGURAL ADDRESS.

By CHARLES NOBLE GREGORY,

Formerly Dean of the Law School of George Washington University.

Gentlemen from all America, you are welcomed here in the interest of many branches of knowledge and of many and varied mutual affairs. In none of higher interest or addressed more directly to our common needs than international law. That great department of human obligation within the past 18 months has found her historic authority assailed, her restraints denied, and her very existence questioned. In the older world the throes of a war widespread and devastating beyond the dreams of malevolence seem to have obscured, if not abolished, the dominion of both international law and municipal, economic, and moral law.

Be assured, gentlemen, not one of these best fruits of civilization shall perish from off the earth. Here in our western world law remains still sovereign and beneficent in her moated castle, still supreme in her sea-girt sanctuary. The Atlantic and the Pacific are the guardians of our peace, and shield even our minds and imaginations from the blistering heat and fevered infection of that appalling contest.

These divisions of the world serve their use in preventing war, pestilence or disaster from becoming universal, just as the watertight compartments of a great ship aid her safety in storms or collision, keep her wounded hulk afloat, and save at least the human freight.

We still turn the wholesome pages of Grotius and Vatell, of Wheaton and Calvo. We quote the placid conventions of the first and the second Hague

conferences, with the ink of the signatures of all nations scarcely dry upon them, and we speak with respect of the solemn agreements and sacred faith of nations.

"Inter arma leges silent," said the late Chief Justice Ryan, "is a fact, not a principle."

We must struggle to prevent facts dominating principles. Unfortunate facts can not change principles, but principles which call to their support, with noble compulsion, the highest and best that is in men—principles must subdue and alter unfortunate facts. Shall the mechanic with his machines which work carnage from the deeps of the sea and the vault of heaven defy and annihilate international law? Shall this mechanic snatch the good shield of law from women and little children, from the aged, the neutral, and the noncombatant, and make them all his aim and his brutal prey? Shall machines abolish law, or shall law not abolish these machines but justly control their operation, saying to them as the Creator said to the destroying flood, "Thus far shalt thou go, and no farther"?

"They have sought out many inventions," says the book of Ecclesiastes, but in the same verse is written the fine declaration, "God hath made man upright." Let us be sure that the pen is not merely mightier than the sword but than the submarine and the aeroplane and the deadly gas and the floating mine. It can subdue them to their lawful place exactly as it has dealt with those other mechanical inventions, the expanding bullet and the scalping knife.

We can not desert Justice; her voice constrains our minds. We can not desert Humanity; her cry still sways our hearts. International law is merely the formal application of these eternal principles of justice and humanity to international relations.

Our American Republics have three strong bonds holding them together:

First. Geographical contiguity. They are the western half of the world. They are divided from the eastern half by the abysses of the oceans.

Second. They each and all had their foundation in a noble struggle for freedom and self-government.

Third. They have embalmed those principles in their paramount law and very form of government.

With these triple ties uniting us it is impossible but that our international relations should have much in common and that wise and temperate consultations of our statesmen, our jurists, and our scholars should add to the peace and security of our Americas and at least tend to temper with justice and humanity the whole conduct of mankind.

The Chair would congratulate the nations of America that they are here represented. He welcomes and congratulates those earnest and gifted men who are here delegated for so high and pacific a task.

Lord Bryce, in his address as president of the British Academy, recently said, with truth: "Mankind increases in volume and in accumulated knowledge and in a comprehension of the forces of nature, but the intellects of men do not grow." Therefore the intellects of men must unite together and jointly essay the intricate tasks of this egregious world. The international congress with its many minds must seek the solution of the international problems.

Lord Bryce said further: "Newspapers and pamphlets will convey to posterity sufficiently and even more than sufficiently the notions and fancies and passions of the moment." So they will; but the chair ventures to hope that into the elevated atmosphere of a congress representing the best of the continents of all America, there may intrude no passion but that for justice, no intemperate zeal except for the good of our fellow men.

Sir Horace Plunkett, who did so much for agriculture in Ireland, was warmly commended because he "made two cocks crow where one cock crowed before." So may we make two disciples of international law where there was one before.

In considering and seeking to crystallize the just rules of international intercourse, the chair ventures to hope that the congress may not be wholly limited by that shop-worn and parochial maxim, "America for the Americans," but may rise to the higher, broader, and, therefore, better creed of "The world for all mankind."

HOW CAN THE PEOPLE OF THE AMERICAN COUNTRIES BEST BE IMPRESSED WITH THE DUTIES AND RESPONSIBILITIES OF THE STATE IN INTERNATIONAL LAW?

By DAVID JAYNE HILL,

Ex-Ambassador of the United States to Germany.

In the question, "How can the people of the American countries best be impressed with the duties and responsibilities of the State in international law?" it seems to be assumed that it is, in fact, to the people, and not merely to the governments, that we are to look for a due recognition of those duties and responsibilities. So far as the American countries are concerned, being in theory popular governments, this assumption appears to be well founded; for the governments will in the end be what the people desire.

It is therefore proper and timely to ask, and if possible to answer, the question, in what manner the people of the American countries may best be impressed with these duties and responsibilities.

I.

First of all it is desirable to make it clear that international duties and responsibilities are necessary corollaries of the true conception of the State; for a repudiation of those duties and responsibilities, or the neglect to fulfil them, would not only be equivalent to the abandonment of the fundamental principles upon which the American States are founded, but it would even render questionable their right to exist.

There are, indeed, two radically different and wholly incompatible conceptions of the nature of the State. On the one hand, it is regarded as the embodiment of irresponsible force, pretending to a sovereignty so absolute and unlimited that it is a law unto itself and may in all circumstances exercise its own unrestricted will. If this be, in truth, the nature of the State, it is difficult to comprehend how it can recognize a duty to anyone except itself, or how it can be induced to accept any responsibility unless it is imposed upon it by superior force. Between States thus conceived there can be no trustworthy legal relations, for the reason that such a State does not acknowledge any binding restraint upon its own arbitrary will. Treaties and conventions may be subscribed to, but they have no permanent value, for, being mere temporary acts of will, they may at any time be repudiated by other acts of will having the same value and authority. Such political entities are therefore comparable to the irresponsible forces of nature, which are subject to no control except by the employment of other forms of force. States of this kind conquer where they can, and yield to the demands of justice only where they must.

It is needless to say that this is not the conception of the State that prevails in the American countries. Here, in theory at least, government is not based upon force, but upon the rights of the people; and the State exists for the maintenance and application of principles of justice, from which it derives all the authority it possesses.

This distinction between the constitutional State, founded upon the principles of justice, and the absolute State, founded upon supreme power, has a vital significance in international relations. For the absolute State, international law is merely a set of arbitrary rules, to which assent and obedience may be accorded, or from which they may be withheld, as it may be the good pleasure of sovereign power to determine. But for the constitutional State there are principles of natural justice which are of universal application, for they are the principles upon which the authority of the State itself is founded. To deny the universal validity of these principles and the obligation to observe them in international relatons would be to stultify the entire constitutional system and to admit that it has no solid basis. In short, it would be the suicide of republicanism and the reassertion of autocracy; for international law, regarded as a form of jurisprudence, is simply an extension to nations of the principles of justice upon which constitutional government is erected.

II.

From a juristic point of view, therefore, the duties and responsibilities of the State are logical corollaries of the constitutional system, and they must stand or fall together. If constitutional government has a right to exist, notwithstanding the arbitrary forces that may oppose it, then international law is binding upon States; for it is in substance only the application of principles of justice to the society of States. Absolute governments may, in perfect consistency with their theory of the State, utterly disregard them, for their foundation is not law, but force. Constitutional governments, on the contrary, must recognize these principles as binding, or they nullify and abandon their own ground of existence, for their foundation is not arbitrary force, but human rights.

Whatever reasons there are for the authority of law between individuals of the same nation, those same reasons exist and have equal force for the authority of law between States. The fundamental question in both cases is identically the same—namely, shall arbitrary force be permitted to prevail, or shall just and equal laws be ordained and observed?

The practical necessity for law, whether within the State or between States, is the same. In both cases it is the establishment of justice as the basis of human relations. It aims at the protection of the weak against the cupidity and rapacity of the strong. The only way to accomplish this is through voluntary submission to equal laws, or the effective enforcement of justice where conformity to just laws is resisted or refused. By whatever standard we measure the necessity of obedience to law within the State, whether by the extent of the benefits to be derived from it or the magnitude of the injuries resulting from a disregard of it, the rights of nations immeasurably outweigh the rights of individuals; for in the scale of human values nations are high multiples of the human personality from which the conception of right is derived. Not only, therefore, are the duties and responsibilities of the State in international law strictly necessary corollaries of the constitutional system of government, not only may it be said that whatever warrant there is for the existence of the State is a warrant also for a law of nations, but it may be affirmed with confidence that the proof of the sincerity and capacity of a

constitutional State is to be sought in the spirit in which those duties are performed and those responsibilities accepted. Regardless of magnitude—for size and numbers do not affect the principles of justice—the real character of a Government is to be tested and determined by the manner in which it fulfills its international obligations.

III.

The correctness of the foregoing observations, considered from the point of view of theory, will probably not be questioned. But have they any relation to practice? It is precisely here that we touch upon the vital part of our subject.

The American countries, above all others, are interested in the preservation of constitutional self-government. So long as all of them adhere to this system, and are disposed to unite in maintaining it, the independence of every one of them would seem to be assured.

If there are at present in any of these countries imperfections in the realization of the constitutional ideal that fact should furnish an additional incentive for emphasizing international duties and responsibilities; for the advancement and ultimate success of self-government are largely dependent upon the frank recognition and studious fulfillment of international obligations. It must be evident to the most superficial observer that a due regard to these obligations is in itself a means of national security, while disregard of them presents a source of serious danger to national independence.

It is appropriate here to speak, first of all, of the attitude of the greater toward the lesser powers in the society of American States. Upon the more powerful the constitutional ideal imposes a generous consideration for the rights and interests of the less powerful. The forcible acquisition of territory, the imposition of arbitrary authority, and discrimination in the privileges of trade and commerce are, from this point of view, so unworthy of a great power that there is practically no danger in the American system of these misfortunes being visited upon the weaker States by those more powerful. On the contrary, aid and sympathy should flow out to them in a truly fraternal spirit; and, in case of need, protection, as far as possible, against unjust aggression should be accorded them.

While the duties of the greater powers are thus evident, it is not to be overlooked that, in the case of the smaller and weaker States, persistent remissness in the performance of their international duties may incur foreign intervention; for it must be conceded, that national sovereignty involves national responsibility. A government that is impotent during a protracted period to protect life and property can not reasonably expect continued recognition, because it fails of the purposes for which a government should exist.

On the other hand, a strict fulfillment of international obligations secures to a State, however small, a high degree of immunity from foreign aggression, because its ability to perform its international duties is evidence of its fitness to be regarded as a sovereign power. I have said "a high degree of immunity," because, unhappily, in spite of our advance in civilization, the just and the innocent are sometimes made the victims of predatory power. There is no guarantee that any nation, not prepared to defend itself, however great it may be in numbers, and however potential in ultimate military strength, may not fall a victim to sudden aggression and be compelled to submit to humiliation.

The only alternative to defensive armament on a great and possibly ruinous scale is the gradual triumph of law over force. There should be among self-governing countries such unanimity in the acceptance of the principles of international justice and such union in organizing the necessary means of defense

as to present to the whole world a formidable solidarity of peoples determined to maintain their independence against arbitrary aggression. Founded upon the same fundamental principles, with the same general theory of the State as the protector of human rights, the American countries are in a favorable position to attain such solidarity.

It is easy to point out obstacles to such union; as, for example, differences of race, language, and tradition, and especially the different degrees of progress toward the full realization of the constitutional ideal. To these are to be added the differences of nature and character. The Anglo-Saxon, blunt, direct, forceful, egoistic, and sometimes arrogant; the Latin, suave, reserved, generous in his impulses, polished in his manners, fond of discussion, and considerate of formulas—how are we ever to reconcile these disparities?

IV.

I have no ready-made answer to this question, but I have the feeling that a deeper sense of real fraternity between the peoples of the American countries would be of inestimable benefit to all of them. A great French philosopher has truly said, "Une nation est une amitie." But if a nation is a friendship, why not a friendship of nations? In truth, our friendships are not merely territorial. They depend on sympathy and mutual understanding. The frequent reminder of what is common to us all, joined with a continued effort for mutual comprehension, will no doubt help to make us friends. But the really decisive thing is the clear perception that justice, regardless of size and power, is the only firm foundation for Pan American fraternity. For this it is essential that there be a profound consciousness on the part of all the American peoples that their welfare is closely bound up with their international duties and responsibilities.

Just how these ideas are to be made impressive among the people is a problem to be solved by each State according to its own methods and circumstances. The press, the school, the congress, the messages of the executives to the legislative bodies, are all proper, and may prove to be effective means of creating this impression and of giving it influence and permanence. Of necessity, it must be a growth, and it will require time. As a rule, men are guided by the results of their experience. Every kindly and generous act, every sincere manifestation of fairness, of interest, and of sympathy will simplify and abbreviate the task. It is, perhaps, not too much to hope that, without any formal federation or the slightest suppression of nationality, it may be possible to reach such unanimity in the acceptance of principles, and such union in action for the common good, as to present a solid phalanx of self-governed States, united in the firm determination to eliminate the use of force, and to establish the permanent reign of law, in their relations with one another and with the rest of the world.

There is one word that it seems appropriate to address at this time to the people of the United States. We are, as regards the representatives of different races, the most cosmopolitan of all in our feelings toward the individuals who come to dwell permanently among us. We are less so in our estimate of the capacities, the motives, and the possibilities of those with whom we are not brought into direct personal contact. In this we are, perhaps, not peculiar. It is, possibly, natural to underestimate and misunderstand the stranger, and especially those who represent a different type of civilization.

One reason for this may be that we do not fully appreciate the difficulties created by local circumstances, such as age-long traditions, climate, resources,

and antecedent social conditions. We are perhaps not entirely exempt from a certain provincialism of mind. We need to enlarge our sympathies and to make earnest effort for better comprehension. We might be more tolerant of customs other than our own, more catholic in matters of taste and preference, and recognize more fully the fact that we have no right to impose our methods upon those to whom they are strange or objectionable. In short, we should do well to widen our horizon, and to lay the main stress upon what is pertinent to our common humanity.

Personally I have had some reason to know how much to expect from the representatives of other American countries. I recall with special satisfaction the display of talent and accomplishment on the part of the Latin-Americans at the second conference at The Hague. It was a first experience for all of us in a really universal congress. In personal culture, in cosmopolitan spirit, in ready eloquence, in diplomatic skill, in sound and thorough knowledge of international law, and in all the amenities of intercourse, many of our Latin brethren shone brilliantly; and it was a surprise to Europeans to discover that even the smallest American States possess jurists and statesmen of eminent ability.

In truth, so far as international morals and amenities are concerned, including appreciation of the duties and responsibilities of the State in its foreign relations, there is no cause for the countries of America to be ashamed of the record of the past, especially of the recent past, when compared with the States of Europe. In fact, the Pan American international gatherings have shown a progressive spirit, a regard for principles of justice, and a readiness to promote them, of which the American countries may well be proud. Wrongs there may have been; but the disposition to trace them to their true origin, to remedy their causes, and to provide for a more worthy future have been conspicuous; while some of the South American countries have, by their efforts for reconciliation, set a noble example and furnished an inspiration to the whole world.

We may therefore look forward, not only with hope but with confidence, to a future that rests in the hands of the people of the American countries. Happily for them, they are the creators of their own destinies.

ADDRESS.

By JACOB GOULD SCHURMAN,

President Cornell University.

Mr. Chairman, ladies, and gentlemen, it is my misfortune to have missed a large portion of the address, admirable and eloquent as far as I heard it, to which you have just listened from Dr. Hill. I may perhaps be permitted to say in that connection that the cause of my absence from the meeting at the beginning was that a diplomatic representative of the Old World was explaining to me that international law had gone, and I was, in my humble way, trying to rebut that assumption. But I heard the address of Professor Garner,[1] and I am exceedingly glad that he came on after Dr. Hill, and I should have been delighted to assign to him the time on the program which I suppose I can claim. His address was exceedingly instructive. I think all will bear witness to that statement, whether they come from North America or South America.

---

[1] Printed, p. 101 of this volume.

I do not think that international law has gone, or is on the way of going, in consequence of this war. Undoubtedly its position in the world has been weakened for the time being. I do not know of any war in which so large a number of the controlling powers of the world have been engaged as in the present war. It has, therefore, devolved upon neutrals, more weakened in numbers than ever before in the history of the world, to maintain and assert international law. And because the disproportion between belligerents and neutrals is so much greater than at any previous time, their task has been harder than ever before. And yet, as Professor Garner has pointed out, all the belligerents are anxious to satisfy the neutral opinion of the world; and they appeal, if not to the literal rules, at any rate to the established and recognized principles of international law. So much homage, at any rate, they pay to it; and I am so far from sharing the opinion of my diplomatic friend from Europe that I look forward to an immensely increased interest in international law, to a more hopeful study of it than ever before after this war is over.

Force, Mr. Chairman, has obviously and conspicuously broken down as a means for the maintenance of right relations between the governments of the world. That fact will be recognized by the belligerents themselves after this war is over. However much the advocates of peace and the champions of arbitration have been scouted and criticised in the past, I venture to predict that in the future the populations in those belligerent countries will turn with a new spirit of hopefulness to the peaceful means of adjudicating their differences which are provided within the framework of international law. I am far from pessimistic or despondent about the future of international law. I believe that the generation now on the stage is going to see more interest in it and more faith in it than any other generation has ever had.

In our own country I think there has been an obvious increase of interest in the study of international law. You have to bear in mind, when you speak of our colleges and universities, that our universities are made up, generally speaking, of a collection of schools, liberal, professional, and technical, and that in many of these departments, as, for instance, engineering and agriculture, it would be quite inappropriate to prescribe international law. When therefore, you hear that thousands of students are enrolled in any of our larger universities—and I speak, sir, from personal knowledge on this subject—you must remember and always keep in mind that there are very large groups of students in whose curricula it would be absolutely impossible to prescribe it. But where international law is left an optional subject, as it is in many of our larger universities and only tens or hundreds are taking international law, I know there has been an increase both in the enrollment of students and in the interest these students take in the subject during these recent years. The war itself has manifestly quickened that interest. It provides definite and important problems, which are reported from time to time in the newspapers, by means of which the student's interest can be vitally enlisted in many of the fundamental principles of international law.

The good teacher, it is said, begins with the known and works gradually to the unknown. The good teacher begins with subjects in which the student is directly interested and gradually works out to a larger field. My point is that this war has brought international law home to the American people and has quickened the interest of the people, and notably the interest of students in the subject. Furthermore, while law has ordinarily been the avenue by which the larger number of men in this country have entered public service, and while, therefore, I fully agree with the views expressed by Professor

Garner that lawyers should be required more and more to study international law, you must recognize that a new professional course is establishing itself at our universities naturally leading to the public service, in which in many cases international law is already a required subject. I refer, ladies and gentlemen, to the subject of commerce. Schools of commerce are now beginning to spread in the universities of this country and pretty nearly everywhere they have gone international law is a required subject. That represents a distinct gain. I mean that we enlist a new profession. We count on the profession of law. We have a right to it, and the South Americans have shown how students of law may also be required to master the principles of international law. But, in addition to that, we are going to have soon in this country a new profession, which, without very much effort, naturally takes to international law. I think the majority of students in our schools of commerce would study it even if it were not prescribed, because they would see the great advantage of it.

Finally, Mr. Chairman (for I am going to speak within the 10 minutes assigned to me), I think it will be found that this country itself by multiplying its international relations is going to quicken the interest of its people in international law. I quite agree with Professor Garner that it is useless to expect that everybody in a population numbered by tens of millions and hundreds of millions will master or even know anything about the elements of international law. But the more intelligent portions of the community who interest themselves in public questions will be compelled in the future, in consequence of the multiplication of our relations with foreign powers, to give more attention than they have ever done before to questions of international law. These questions are practical questions concerning our relations with foreign powers. The time has gone by when the United States of America can live to itself. It is not merely theoretically a member of the family of nations. We are living in an age in which that membership is being actualized. And my point is that as the threads and filaments which bind the United States to all the other nations of the world are multiplied, as the work of diplomacy increases, new questions of international law will come up, or old questions in new relations, and the intelligent portion of the American people who interest themselves in public affairs will, of necessity, be compelled to consider them and not a few seriously to study them.

Hence, Mr. Chairman, I not only differ from my friend, with whom I have been spending a large part of the afternoon, respecting the outlook for international law *per se*, believing as I do that there has never been a generation since international law came into the world which will be so much interested in it as the generation now appearing on the stage and taking control of things in this country, but I differ from him, and perhaps from some others in this audience, in my belief that the interest in the subject is increasing in this country, and is bound to increase, owing to our changed historical conditions. In making these statements, I am at any rate, in part—that is, so far as I am speaking of students—basing my remarks not on conjecture, but on actual experience. And I may say before taking my seat that at Cornell University, where international law is an entirely elective subject, the class is one of the largest in the university, and it is composed not only of students from the college of liberal arts but of students from the professional schools, including not merely law, but also engineering, agriculture, and other scientific vocations.

THE STUDY OF INTERNATIONAL LAW IN THE COUNTRIES OF AMERICA AND THE MEANS BY WHICH IT CAN BE MADE MORE EFFECTIVE.

By JAMES W. GARNER,

Professor of Political Science, University of Illinois.

I. Importance of the Study of International Law.

If my remarks were intended solely for this gathering it would be superfluous for me to dwell upon the importance of international law in the educational system of a country in which public opinion is to a large extent the controlling factor in the determination of foreign policies. It may be safely assumed that no argument is necessary to convince this body of specialists of the value of a well-informed and correctly-instructed public opinion in respect to the international rights and obligations of States, and of the citizens thereof, in their mutual dealings with one another.

In order, however, that the study of international law may be given the recognition which its increasing importance requires in the educational system of the United States in particular, a change of attitude is necessary on the part of those who are responsible for the determination of the curricula of the colleges and universities, as well as on the part of those upon whom rests the responsibility for determining the standards and formulating the policies of international conduct. It is for those rather than for you that my preliminary remarks are primarily intended.

Mr. Elihu Root, a man whose name I can not mention in this connection without remarking that he has been, in a sense, the foremost American advocate of international law as a body of rules with effective sanctions; a man who, as Secretary of State and Senator of the United States, set for his countrymen the highest standards of international conduct and who has probably done more than any other man in recent years to raise the level of respect in this country for international law and the obligations which it imposes, pointed out in his first annual address as president of the American Society of International Law, with his usual lucidity and forcefulness, the need of a popular understanding of the fundamental principles of international law if control of national conduct is to rest, as it seems destined to do, in the last analysis with the people.[1] Mr. Root called attention to the fact that the foreign policies of Governments to-day, especially when they involve the making of war, are determined largely in obedience to the demands of popular feeling, and that cases have not been lacking in which Governments, striving to settle their controversies in the spirit of conciliation and without resort to extreme measures, have been driven into war to satisfy the demands of an uncompromising, uninformed, and belligerent public opinion.

"The more clearly the people of a country understand their own international rights," he said, "the less likely they are to take extreme and extravagant views of their rights and the less likely they are to be ready to fight for something to which they are not really entitled. The more clearly and universally the people of a country realize the international obligations and duties of their

[1] A national conference of teachers of international law held at Washington in April, 1914, upon my motion, adopted a resolution recommending that Senator Root's address be reprinted and copies sent to all teachers of political science, history, political economy, and sociology throughout the country, together with a letter calling their attention to the importance of a wider popular knowledge of international law and of the desirability of making provision in the colleges and law schools for courses in this subject where they are not already offered.

country, the less likely they will be to resent the just demands of other countries that those obligations and duties be observed. The more familiar the people of a country are with the rules and customs of self-restraint and courtesy between nations which long experience has shown to be indispensable for preserving the peace of the world, the greater will be the tendency to refrain from publicly discussing controversies with other countries in such a way as to hinder peaceful settlement by wounding sensibilities or arousing anger and prejudice on the other side."

Speaking along the same line to a conference of teachers of international law at Washington on April 23, 1914, Mr. Root said:

At the bottom of wise and just action lies an understanding of national rights and duties. Half the wars of history have come because of mistaken opinions as to national rights and national obligations. Now, I say, the thing most necessary for the good of our country in the foreign relations, which are growing every year more and more intricate and critical, is that there shall be intelligent leadership of opinion as to national rights and obligations; and nobody can bring that about as the educators of America can bring it about.[1]

Prof. Oppenheim, of Cambridge University, like Senator Root, has called attention to the desirability of "popularizing" information regarding the fundamental principles of international law. Adverting to the fact that the great majority of lawyers know little or nothing about international law, he urges that the subject be made a part of the law school curriculum and that a knowledge of it be required for admission to the bar. He even suggests that the rudiments of international law be taught in the secondary schools by the teachers of history. "In important international conflicts," he remarks, "the decision in many cases ultimately rests not with the leading men but with public opinion and the 'man in the street.' Public opinion with regard to international questions is at present at the mercy of the press and the agitator, and it is common knowledge that the jingo and the chauvinist frequently make use of misguided public opinion for their own ends. If the public knew something about the merits of the case concerned they would frequently look upon the matter more coolly and in a more impartial way, and it would be easier for the Governments to consent to arbitration. "If it is possible," he asks, "to teach in the schools such complicated subjects as physics, chemistry, and mathematics, why should it not be possible to teach the principles of international law, for which a course of a dozen lessons would suffice?"[2]

Governments to-day, especially in democratic States, seldom make wars except where there is a popular demand for this mode of redress. Their action is not only determined by popular feeling at home, but it is influenced in no small degree by the public opinion of the civilized world at large. We have abundant evidence of the national sensitiveness to the disapprobation of international public opinion, in the efforts that have been put forth by the various belligerent nations during the present war to present their cases in the most favorable light to the people of neutral countries with a view to obtaining a favorable verdict on the conduct of their Governments. Diplomatic correspondence and other documents that formerly would have reposed securely in the archives of foreign offices for generations have been brought out, published, and distributed on a large scale among the leaders of thought and opinion throughout the length and breadth of the United States. In every case where there has been an allegation of nonconformity to the recognized standards of international conduct the accused belligerent has made

[1] Proceedings of the American Society of International Law at its eighth annual meeting, 1914, p. 252.

[2] The Science of International Law, The American Journal of International Law, Vol. II, p. 324.

a prompt effort to clear itself of reproach and to justify its conduct before the bar of the enlightened public opinion of the civilized world. This increasing national sensitiveness, this regard for what Jefferson called a "decent respect for the opinions of mankind," is one of the healthiest signs of a new conception of international responsibility; and in proportion as the amenability of Governments to public opinion increases it should be our endeavor to see that this opinion is more fully instructed and correctly informed in regard to international obligations and duties. The conditions under which international relations are maintained to-day differ widely from those of a century ago. Increased facilities for travel and communication, a more general knowledge of modern languages, and more extensive commercial relations have brought about a condition of mutual interdependence and intercourse among the peoples of different nations such as was formerly quite unknown. The world is to-day animated by a larger spirit of internationalism than ever before, and the point of view of the individual is becoming more and more that of what President Butler has aptly called the international mind[1]—a mind which regards other peoples not as rivals to be suspected, distrusted, or antagonized, but as friends who are entitled to sympathy and cooperation in the great task of promoting a common civilization—a willingness to measure the civilization and regard the rights of other peoples from their own point of view and by their own standards rather than from the viewpoint and according to the standards of the regarding individual or nation.

It is, of course, not to be expected that the masses of the people in any country will ever become experts in international law or will even study it, yet if the thousands who annually go through the colleges and universities and who, it may be assumed, will become the leaders of thought and opinion in their several communities, were required or even given an opportunity to study international law as they are required to study history, political economy, philosohpy, and other branches of learning, the national gain would be very great; that part of public opinion which directs and controls would be more intelligent; the viewpoint of the international mind more general; and enlightened notions of international responsibilities more widely diffused.

II. Present Status of International Law in the Colleges and Universities.

The multiplication of the facilities for the teaching of international law and the increase of interest in its study in recent years have been very marked in all the countries of America, although it can hardly be said that this progress, especially in North America, has attained the degree reached on the continent of Europe. This increase of interest has manifested itself in numerous ways and under various forms.

First of all, it has shown itself in the wider recognition which the study of international law has been given in the curricula of the colleges and universities and in the increasing number of students who annually take it as a part of their college courses. A generation ago international law was taught only in a few of the larger universities, and, for the most part, the character of the in-

[1] See his book, "The International Mind," 1913, ch. 5: "The international mind is nothing else than that habit of thinking of foreign relations and business, and that habit of dealing with them, which regard the several nations of the civilized world as friendly and cooperating equals in aiding the progress of civilization, in developing commerce and industry, and in spreading enlightenment and culture throughout the world. It is as inconsistent with the international mind to attempt to steal some other nation's territory as it would be inconsistent with the principles of ordinary morality to attempt to steal some other individual's purse. Magnitude does not justify us in dispensing with morals."

struction was indifferent and the subject was taken by a comparatively small number of students. Chairs of international law were almost as rare as professorships of aeronautics are to-day. International law had hardly attained the dignity of a science, the literature of the subject was comparatively scant and unscientific, serviceable text books, collections of cases, digests, and other apparatus for the use of teachers and students were largely lacking. Scientific journals were nonexistent, at least in the English language, and popular interest in the subject was relatively small.

But happily this situation has lately undergone a remarkable change. A knowledge of international law has more and more come to be regarded as a part of the liberal education of college-trained men. An investigation made by the Carnegie Endowment for International Peace in 1912[1] revealed the fact that 244 colleges, universities, and other higher educational institutions were offering courses on public or private international law, and that in a goodly number of such institutions it was a required subject for graduation. The number of hours devoted to the course ranged, with a few exceptions, from 36 to 120 per year, and the number of students taking it from 2 to 160. Altogether some 3,500 students were reported as taking courses in international law in the various educational institutions of the country during the academic year 1911–12.

Gratifying as this showing was, however, it disclosed the fact that there were still more than 300 universities, colleges, and other higher educational institutions in which no opportunities for the study of this fascinating and valuable subject were being offered. More regrettable still, it was found that of the 122 law schools of the United States, international law was being taught in only 64, and of these latter it was a required subject in but 28. In those in which the course was merely elective, the number of students actually taking it was comparatively small and in some instances—and this was most often the case in the larger university law schools—the number was an insignificant proportion of the total number registered. This may be explained to a slight extent by the fact that some law students had already taken international law in their undergraduate course, but the principal reason is to be found in the all too prevalent opinion among members of the bar in this country that a knowledge of international law is of no immediate value to the practitioner and therefore the time of the law student in college should be devoted to the study of subjects which bear more directly upon his professional course and a knowledge of which will be of more practical use to him at the bar.[2] It may be doubted, however, whether this opinion is well founded. The truth is, the amount of litigation involving issues which turn upon questions of international law is already very considerable and is rapidly increasing, so that a knowledge of international law is becoming more and more indispensable to the professional equipment of the general practitioner.[3]

Prof. Wambaugh, of the Harvard University Law School, speaking before the American Society of International Law at its annual meeting in 1914, said: "I think the most astonishing discovery which we have been making is that so much of international law is the subject matter of litigation and can be

[1] "Report on the Teaching of International Law in the Educational Institutions of the United States," Washington, 1913.

[2] Compare the remarks of Prof. John D. Lawson, dean of the University of Missouri Law School, in the Proceedings of the American Society of International Law, 1914, p. 279.

[3] If evidence of the interrelationship of municipal and international law, and particularly the very remarkable extent to which municipal law is affected by international law in time of war, is desired, it may be found in Baty and Morgan's treatise on "War, Its Conduct and Legal Results," London, 1915.

found in the decided cases and hence can be studied with perfect propriety in the law schools and by prospective lawyers."[1]

The result of the current conception regarding the uselessness of a knowledge of international law as a part of the education of members of the bar and the consequent neglect of the subject by so many of the law schools is that the great majority of American lawyers—the class from which the judges, the diplomatic representatives, members of the legislature, and the chief executive functionaries are for the most part taken—rarely receive any training in this important subject during their college courses.[2] The desirability of introducing the study of international law in the law schools where it is not already taught and of requiring a knowledge of its fundamental principles as a condition of admission to the bar was considered in 1914 by the National Conference of Teachers of International Law, already referred to, and a resolution was adopted "earnestly requesting" that all law schools where it is not now offered add such a course to their curricula. A resolution was also adopted calling the attention of State bar examiners to the importance of requiring some knowledge of the elements of international law as a condition of admission to the bar and urging them to make international law one of the prescribed subjects for the examination. By another resolution the American Bar Association was likewise requested to use its influence to bring about this reform.[3] The adoption of these recommendations was advocated with special earnestness

[1] Proceedings of the society, 1914, p. 301. Prof. Wambaugh relates that an investigation which he had made of the decisions of the United States Supreme Court with a view to finding all the decisions which turned on questions of international law revealed the astonishing result that there were nearly 2,500 such cases. "In the light of these facts," he adds, "I am sure it will be only reasonable to suggest to the ordinary law school that international law has come really and truly within the scope of the lawyer and should now have a place in the law-school curriculum."

[2] See on this point an address entitled "The Education of the Lawyer in Relation to Public Service," delivered before the American Bar Association at Salt Lake City, Aug. 17, 1915, by Charles E. Shepard, Esq. (The American Law School Review, November, 1915, pp. 23–28). Pleading for a knowledge of international law as a part of the education of the bar, Mr. Shepard remarks that "it is certain that a considerable portion of the members of the bar will in their day and generation fill public offices, some of them high and important offices, that many others will take part in public discussion and political action, and that all should be fitted to do that intelligently and creditably. In democratic America, to be a lawyer inevitably breeds interest in public affairs; and participation follows interest. It is a familiar fact that a very large part of the higher officers in both State and National governments are lawyers. A majority of the Presidents, very many Cabinet members, diplomats, governors and administrative officers of the State, and thousands of legislators, State and Federal, have been trained for the bar. When our country is served to such a degree by its lawyers, it is well to ask ourselves: What shall we teach these law students to make them fit for public office and apt for public affairs, so that the republic shall take no harm?" Answering this question he observes that, "Foremost, perhaps, is international law. It is a historical study of deep interest, as showing the growth of civilization, and the reflex action of commerce and industry—that is, of life—on law. In that light it measures the increasing control of the people, who carry on commerce and industry, on their rulers, who by their armies and navies make war and by their treaties make peace, and by both make international law. It is therefore a humane study, in the university sense of the literæ humaniores, and a humanitarian study, as exhibiting the amelioration of war. * * * Need I add that of this sufficient number, lawyers, who are the natural leaders of opinion on whatever touches their sphere, should form a large part? And certainly, if any studies are to be required for entrance to the bar besides those immediately pertinent to ordinary practice, this should be one wherever it is not already pursued. * * * International law is of increasing practical importance. The ease and speed of communication and of transportation have become so great that questions of international law, private and public, and of comparative law are constantly arising in commercial centers, and those subjects for their professional value merit the attention of the ambitious student."

[3] The American Bar Association at its annual meeting in 1916 unanimously adopted a resolution urging the State bar examiners to require applicants for admission to the bar to pass an examination in international law.

by the law professors at the conference. I may also add in this connection that the first Pan American Scientific Congress, held at Santiago, Chile, in December, 1908, adopted a resolution recommending that the faculties of jurisprudence and social science in all American States give special attention to the study of questions of international law of particular interest to the people of the American continents, and it is to be hoped that this congress will renew the recommendation and that it will be more generally adopted by university faculties.

In the States of Latin America popular interest in international law is more general than in the United States. There the study of it occupies a place in the curricula of all the universities along side of private law, constitutional law, history, political science, and other related subjects. The newspapers devote much more attention to the discussion of questions of international law than do those of the United States; numerous societies have been founded for the study and promotion of interest in the subject and the number of educated men who have been trained in internatinoal law, diplomacy, and diplomatic history is larger in proportion to the total than is the case in the United States.[1]

In all the Latin American universities, as stated above, international law is taught and generally in the law schools it is required for graduation. In the universities of Argentina, for example, a full year is devoted to public international law and another year to private international law. In the four government universities of Colombia (Bogota, Cauca, Antioquia, and Bolivar) two years are devoted to the study of international public and private law, diplomatic history, and Colombian treaties. In the University of Habana, a knowledge of international law is required for the degree of doctor of civil law, the holders of which alone are entitled to practice before all the courts of the Republic. The study of public international law is required of candidates for the degree of doctor of public law, the holders of which are qualified for admission to the diplomatic and civil service but not to practce law. Although public international law is not required of candidates for the degree of doctor of civil law, as a matter of fact, most of them take it.

In the universities of Sao Paulo, La Plata, and most of the other Latin American law schools, both public and private international law are prescribed courses of study. It may be remarked in this connection that the aim of the Latin American law school differs in one important respect from those of the United States—namely, that their courses of study are intended not only to train men for the bench and the bar, but also for the diplomatic, administrative, and other public services. In addition, therefore, to courses in private law, they offer courses in international law, diplomacy, administrative and constitutional law, and even political economy, public finance and political science, either in a combined course or in a separate but affiliated faculty.[2] That this

[1] His excellency, Mr. Da Gama, Brazilian ambassador to the United States, said in an address before the American Society of International Law at its meeting in Washington in 1914: "They say that in South America we make too much fuss about international law. It is perhaps an idealistic view of human purposes and dealings; but, really, we think that the law of nations is one of our safeguards in international life and we have been studying it with a sense of dignity and respect for ourselves." Proceedings of the society, p. 267.

[2] *Cf.* Brandon, "Latin American Universities and Special Schools," p. 44, Washington, 1913. Thus the law school of Buenos Aires offers a two-year course for the training of diplomatic and consular officers. The course includes such subjects as civil, constitutional, maritime, and international law, diplomacy, political economy, finance, statistics, and tariff and consular legislation. There is likewise a two-year course for training in administration.

more liberal and broader instruction furnishes a better equipment for successful careers in the public service than does the technical study of the private law pure and simple, few persons will deny. It also tends to give the lawyer a less technical point of view, and to liberalize the legal profession as a whole.

Such is the present status of international law in the educational system of the American States. While it is far from occupying the place which its importance requires in countries where public opinion plays a dominant rôle, the progress that has been made in recent years is highly gratifying and the signs indicate a still further advance in the direction of a wider recognition of the subject in the curricula of the colleges and universities. The creation of new chairs of international law, the introduction of courses in the subject by departments of political science and history, the publication of new and up-to-date manuals and textbooks for the convenience of teachers and students, the growing output of literature, the organization of societies for the study of questions of international law and the promotion of popular interest in the subject, the establishment of scientific journals for the publication of the results of the researches of scholars and for the interchange of views by specialists, the publication by governments of digests, collections of treaties and other public documents of interest to teachers and students—these are some of the evidences of the increasing interest in the study of international law and of the desire to increase the facilities for the teaching and study of the subject.

While the European literature is still much more extensive and on the whole more valuable, there is already a very creditable American literature and it is rapidly increasing. In North America the older treatises, commentaries, histories, and digests of Wheaton, Kent, T. D. Woolsey, Trescott, Lyman, W. B. Lawrence, Dana, Field, Halleck, Pomeroy, and Wharton have been followed by a large number of general and special contributions by writers like Moore, Taylor, Snow, Davis, Stockton, T. S. Woolsey, Wilson, Hershey, Scott, Bordwell, Reinsch, Gregory, Hyde, Benton, Callahan, Stowell, Borchard, Admiral Mahan, Foster, Henderson, Latané, Schuyler, Ralston, Holls, Hull, Crandall, Van Dyne, and others. Some of these are general treatises designed primarily for use as text books in the colleges; others are special studies of particular questions of international law or diplomatic history. Among the works that have lightened immensely the burden of the teacher and at the same time made available for the use of public officials and men of affairs a vast mass of information relating to almost every question of international law may be mentioned Prof. J. B. Moore's monumental digest of international law published by the Government in eight volumes. If scholars could be found in other countries to perform a similar public service and their governments could be induced to publish and distribute such collections, the teaching of international law and diplomatic history would be greatly facilitated and at the same time popular interest in the subject would be powerfully stimulated.

In Latin America, where interest in the science of international law has always been very great, the literature of the subject is also considerable in quantity and creditable in quality. Among their contributions those of Calvo are, of course, best known in this country.[1] With the exception of

[1] Calvo's principal work was his Le Droit International Théorique et Pratique précédé d'un Exposé historique des Progrés de la Science du Droit des Gens (5th ed., 6 vols., 1896). He was also the author of Derecho Internacional tèorico y Prático de Europa y América (2 vols., 1868); Manuel de Droit International; Recueil Complét des Traités, Conventions, etc., du tous les Etats de l'Amérique à nos Jours (1862–1869); Dictionnaire du Droit International Public et Privée (2 vols., 1885); and Dictionnaire manuel de la Diplomatie et du Droit International Public et Privée (1885).

Pradier-Fodéré's ponderous Traité de Droit International Public in eight volumes, Calvo's principal treatise enjoys the distinction of being the most elaborate single contribution ever made to the literature of international law. Other Latin American authors whose contributions are less well known in the United States may be mentioned: Alcorta,[1] Alvarez,[2] Bustamante, Bello,[3] Drago,[4] Prida,[5] Toro,[6] Seijas,[7] Lisboa,[8] Pensa,[9] Vivot,[10] Quesada,[11] Urrutia,[12] Zeballos, Tobar, Triana, Matte, Concha, and others. Next to Calvo, the works of Alvarez are probably best known to North American scholars. He has been a frequent contributor to the American Journal of International Law and the Revue Générale de Droit International Public, and his thesis that there is a body of American international law more or less separate and distinct from the general system of international law has been the subject of much comment. Aside from their contributions to the literature, the jurists, and publicists of Latin America have made notable contributions to the development of international law and to the formulation of important international policies. It was Drago who proposed the rule which subsequently found its way into The Hague Convention forbidding intervention for the forcible collection of debts due from one State to the citizens or subjects of other States, and it was the eloquent Triana of Colombia who stirred the Second Hague Conference by his impassioned denunciation of the practice of belligerents of sowing mines in the high seas. By their advocacy of the freedom of the seas, of the rights of neutrals, of the political equality of States, and especially of arbitration as a means of settling international differences—the frequent use of which in practice by the Latin American States has been described by Señor Quesada in his work on "Arbitration in Latin America"—they have shown an enlightened interest in the progressive development of international law.

Interest in the study of international law in America, as well as the facilities for teaching it, have been greatly increased by the founding of societies of international law in a number of American countries, and particularly by the establishment of the American Journal of International Law, which serves as the organ of the American Society of International Law. This society holds annual meetings in the city of Washington for the discussion by specialists of questions of international law and foreign policy, and the papers read at the meetings are printed in the annual volume of proceedings. The Journal is a quarterly publication of high grade, which contains in addition to articles by specialists, critical reviews of new books, chroniques of international events, digests of the decisions of the highest courts in cases involving questions of international law, decisions of international tribunals and commissions, indexes

---

[1] Cours de Droit International public (Paris, 1887).

[2] Le Droit International Américain (Paris, 1910); Latin America and International Law (1909); La nationalité dans le Droit International Américain (Paris, 1907); La Grande Guerre Européenne et la neutralité du Chile (Paris, 1916).

[3] Principios de Derecho Internacional (Madrid, 1883).

[4] Les Emprunts d'Etat et leurs Rapports avec la Politique Internationale (1907); La República Argentina i el caso de Venezuela (1903); and Cobro coercitivo de Deudas Publicas (1906).

[5] Estudios de Derecho Internacional (Madrid, 1901).

[6] Notas sobre Arbitraje Internacional en las Repúblicas Latino-Americanas (Santiago, 1898).

[7] El Derecho Internacional Hispano-Americano Público y Privado (Caracas, 1884).

[8] Les Fonctions diplomatiques en Temps de Paix (Santiago, 1908).

[9] La République et le Canal de Panama (Paris, 1906).

[10] La Doctrina Drago (Buenos Aires, 1910).

[11] Arbitration in Latin America (Rotterdam, 1907).

[12] La Evolución del Principio de Arbitraje en América (Bogotá, 1908).

to the periodical literature and the texts of treaties, and other important international acts. As an aid to teachers and students of international law it is indispensable, and its distinguished editor, Dr. J. B. Scott, is rendering a distinct service to the cause of international law not only in America but throughout the world. Through the generosity of the trustees of the Carnegie Endowment for International Peace, provision has been made for the printing of a Spanish edition of this valuable periodical, as well as the annual volume of the proceedings of the society, for circulation in the countries of Latin America, where they are now available in the Spanish language to those who do not read English. By this means the usefulness of the Journal to teachers and students has been greatly enlarged and at the same time its influence as an agency for the popularization of interest in the study of international law powerfully increased.

In this connection I may add that the Carnegie Endowment for International Peace has rendered another notable service to teachers, students, and all others who are interested in the study of international law, by undertaking the republication of a series of classics embracing the works of the great institutional writers of the sixteenth, seventeenth, and eighteenth centuries, such as Gentilis, Legnano, Zouch, Wolff, Vattel, and others. The plan provides for the reprinting of the original text in the language in which it was written, accompanied by an English translation and edited by specialists. A number of these classics have already been reprinted and distributed. The result will be to make available in the English language, to students and teachers, an important body of source material much of which was formerly not actually available because it was published in Latin.

Among other services which the Carnegie Endowment has undertaken with a view to stimulating wider interest in international law and for making more easily accessible important source material and other aids for the convenience of teachers and students may be mentioned the publication of the documents relating to the work of the two Hague conferences, including the reports presented to the conferences by the various commissions, the collection and publication of documents relating to international arbitrations, arbitration treaties, and other agreements of an arbitral character, the decisions of English and American courts in cases involving questions of international law, synopses of the decisions of the permanent court of arbitration at The Hague, English translations of Fiore's Il Diritto International Codificato, Oppenheim's Zukunft des Völkerrechts, and other treatises published in foreign languages, and the publication of a bibliography of Latin-American writers on international law, including a historical account of the development of the science of international law in Latin America with an appreciation of the contributions made by each country. The endowment also has under consideration projects for the preparation and publication of an elaborate bibliography of international law and for the exchange of professors of international law among the various countries of America and Europe.

Societies of international law have recently been organized in a number of Latin-American States, and as I now write news comes of the formation of the latest of these, the Cuban society, under the presidency of Dr. Antonio de Bustamante, of Habana. With a view to encouraging the formation of such societies, the executive committee of the American society has arranged to furnish the American Journal of International Law at a substantially reduced subscription price to the members of all such societies having a membership of at least 25 persons. Recognizing the great value to the cause of international law of scientific periodicals devoted to the study of questions of international law, the

Carnegie Endowment has also adopted the policy of aiding such periodicals by means of subventions or by taking a specified number of subscriptions.

A recent important step undertaken with a view to promoting the scientific study of international law in the countries of America has been the formation of the American Institute of International Law. Among its declared objects is to aid the scientific development of international law, the promotion of interest in its study, the discussion of problems peculiar to the American countries, the publication of diplomatic documents, treaties, arbitral awards, and other international acts, and to encourage the foundation of national societies.[1] It is to be hoped that this society will in time come to occupy the place and exert the influence in America which the Institute of International Law has long done in Europe.

A review of the more recent agencies for the promotion of the study of the scientific study of international law would be incomplete without mention of the establishment of the Academy of International Law at The Hague for the purpose of providing during the summer months of each year courses of specialized instruction for advanced students by distinguished authorities in the field of international law. The instruction was to have begun in the summer of 1915, but on account of the European war the opening of the academy was postponed.

III. The Means by which the Study of International Law May Be Improved.

Turning now to the third part of my subject—namely, the means by which the teaching and study of international law may be improved—I am able to say little more than emphasize again the importance of those agencies and methods by which popular interest in the subject has already been awakened and strengthened in recent years. We do not need to devise new schemes and methods; those to which I have already called attention, such as a wider introduction of the study in the curricula of the schools, the requirement of a knowledge of the fundamental principles of international law for the law degree and for admission to the bar, the establishment of new chairs of international law in the colleges and universities, more adequate provision for the better training of teachers, the preparation of better and more up-to-date textbooks, digests, collections of cases, bibliographies, indexes, and other pedagogical apparatus, wherever this is possible, the organization of societies for the scientific and popular study of questions of international law and for the promotion of wider interest in such study, and the establishment of scientific journals—these agencies need only to be continued and their scope extended in order to arouse a still wider interest in the subject of international law and to insure a place for it in the educational system and in the national life, which its importance demands. With increased interest in the subject will come more adequate provision for instruction and better facilities for teaching it, and consequently higher standards of efficiency in the character of the instruction given.

As has been said, the American Society of International Law, one of the declared objects of which is to foster the study of international law, took the initiative in calling a conference of teachers of international law and related subjects in the more important universities and law schools of the United States to meet in Washington in April, 1915, to consider the present status of international law in the educational system of the country and to adopt means for increasing the facilities for teaching it and for promoting its future development.

---

[1] See the American Journal of International Law, vol. 6, pp. 949–975, and vol. 7, pp. 163–167.

After a full consideration of the various questions submitted, the conference adopted a number of recommendations looking toward a wider introduction of the study of international law in the colleges and universities, provision for better facilities for teaching and studying the subject, the elevation of the existing standards, etc.

As I have said, the conference recommended that the subject be introduced in the curricula of all law schools where it is not now taught and that a knowledge of its elements be required for admission to the bar. It further recommended that every college of liberal arts, every graduate school and every university summer school should make provision for offering such courses: that whenever possible separate and distinct chairs of international law be established; and that lectures by specialists be provided for in all institutions where such provision is practicable. With a view to increasing the facilities for the study and teaching of the subject and of improving the character of such instruction the conference recommended that a carefully prepared bibliography of international law and related subjects, an index or digest of the literature, and inexpensive editions of public documents relating to international law be prepared and published; that courses in international law should, wherever possible, extend over a full academic year and be divided between international law and diplomacy; that in the teaching of international law emphasis be laid on the positive nature of the subject, a careful distinction being observed between international law and international policy; and that where international law is taken as a major subject for the doctor's degree, the course should be followed by a year's attendance upon the academy at The Hague.[1] I do not feel able to add anything to these suggestions; most if not all of them are entirely practical, and they represent the views of the professors of international law in the leading universities and colleges of the United States. To a large degree, they also represent the existing practice in the universities of Latin America. The first desideratum is, as I have said, to awaken a wider interest in, and a larger appreciation of, the practical and scientific value of the study of international law. When this condition shall have come about, more adequate provision for teaching it will no doubt be provided, more and better textbooks and other pedagogical aids will likewise be forthcoming, and the greatest need of all, perhaps, more competent teachers will be ready to meet the resulting demand.

EL ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS PAÍSES AMERICANOS Y MEDIOS POR LOS CUALES PUEDE HACERSE MÁS EFECTIVO.

Por CLEMENT L. BOUVÉ,

Miembro del Foro de Washington, D. C.

Al dirigiros la palabra sobre el tema "Estudio del derecho internacional en los países americanos y medios por los cuales puede hacerse más efectivo," viene luego a mi mente cuán impropio sería intentar una disertación ante maestros y expositores del derecho iternacional venidos de países que han consagrado a los principios de esta ciencia un estudio minucioso y concienzudo desde los principios del siglo pasado. Decir que en estos países ese estudio

[1] These recommendations are printed in full in the Proceedings of the American Society of International Law for 1914, pp. 815–824.

se ha hecho muy efectivo equivale a la exposición de una verdad incontestable; y exponer que entre nuestros vecinos del mediodía brillan nombres entre los más ilustres en el derecho de gentes, es incurrir en esa misma indiscreción lógica.

Para que las sugestiones hechas respecto del desarrollo de cualquiera de las artes y ciencias en un determinado país tengan algún mérito, deben partir de personas cuyos conocimientos íntimos de la situación constituyan la mejor prueba de su capacidad para juzgar; y en ésto hago punto omiso del aspecto peculiar originado por diferencias de raza.

Por estos motivos, juzgo improcedente el que haga yo cualesquiera sugestiones tocantes al desarrollo del estudio del derecho internacional en las repúblicas latino-americanas. Opino, sin embargo, que un breve bosquejo de los juicios emitidos por las inteligencias más claras y privilegiadas de este país respecto a la extensión de conocimientos en el ramo del derecho internacional entre los ciudadanos norteamericanos por medio de la instrucción que sobre esta materia se imparte en las instituciones educativas de mi país no estaría del todo fuera de lugar. Me refiero especialmente a las resoluciones aprobadas por la Conferencia de Profesores de Derecho Internacional Norteamericanos celebrada en Wáshington en 1914.

Antes de entrar de lleno en el tema de mi discurso surge a mi mente esta idea. Hace unos cuantos días al llamar la atención de un amigo mío hacia la lista de temas que deberían discutirse ante este Congreso, mi compañero, que se interesa principalmente en problemas relacionados con el derecho municipal manifestó algo de sorpresa ante el hecho de que en los momentos actuales tantas personas aparentaran cierto interés en el fomento y desarrollo del estudio del derecho internacional.

"¿ Porqué," preguntaba, "pasar tanto tiempo y hacer tantos sacrificios en idear medios para desarrollar y sancionar para siempre principios de que los contendientes en el conflicto actual parecen resueltos a hacer punto omiso, si no es que a negar por completo?" Y yo me pregunto, señores, "¿ a cuántos de nosotros no se ha presentado esta misma pregunta, en esencia si no en forma, durante los últimos doce meses?"

Por vía de respuesta—y, a mi humilde juicio, la mejor de que hasta hoy he tenido conocimiento—entregué al amigo mío copia de algunas frases tomadas de un discurso pronunciado por el Dr. James Brown Scott en Cambridge el año pasado. No vacilo en reproducir aquí esos conceptos. Dicen así:

Un sistema de derecho, conocido indistintamente como derecho internacional o derecho de gentes, es la ley de la sociedad de las naciones, y su acatamiento por parte de todos los miembros de la misma para proteger los derechos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones de estos miembros, es tan indispensable a la existencia y bienestar de éstos como lo es el cumplimiento del derecho municipal por los individuos de una comunidad determinada. Estas verdades universales se admitieron antes de la guerra como lugares comunes, mas encontraréis la declaración en cualquier diario que escojáis de que la presente pugna ha dado el golpe de gracia al derecho internacional. Los partidarios de uno de los beligerantes proclaman estruendosamente que sus enemigos han violado el derecho internacional, en tanto que los del otro aseguran con igual tesón que sus enemigos han pisoteado el derecho de gentes; que la anarquía ha triunfado sobre el orden, y que ya no hay ley que regule la conducta de las naciones o que en estos momentos la regula. En otras palabras, se nos asegura confiadamente, para emplear el lenguaje callejero, que el derecho internacional ha quedado hecho añicos.

A esto respondo sencilla pero enfáticamente que no es así. Es en verdad desgraciadamente cierto que se sujeta en la actualidad al derecho internacional a muy duras pruebas, pero mientras se apele a ese derecho, sea por un contendiente, sea por otro, como norma del bien o del mal, estamos justificados en

aseverar que subsiste el derecho internacional, pues una apelación constituye por sí misma el reconocimiento de la subsistencia de esa ley de gentes a la que se apela.

A los que estén dispuestos a descorazonarse ante las violaciones del derecho internacional y la anarquía que parece prevalecer entre los miembros de la familia de las naciones, contestaría que son precisamente en épocas como las actuales cuando se crea el derecho internacional. Por vía de ejemplo, permitidme citar la guerra de los 30 años que fué quizá el período más desenfrenado que registran los tiempos modernos. El hecho mismo de que durara esa guerra 30 años habla de por sí; y en verdad parecía que después de tantos años de lucha o había desaparecido por completo la justicia entre los hombres y las naciones, o bien que estaba destinada a desaparecer. Mas no debemos olvidar que fué precisamente en esa misma guerra cuando dió a luz un distinguido holandés, Hugo Grotius, de nombre, su inmortal obra "Tres tomos sobre los derechos en tiempo de la guerra y de la paz."

Podemos asegurar, sin temor de equivocarnos, que el hacer el estudio del derecho internacional más efectivo de lo que lo es en la actualidad, requiere que se despierte un interés más generalizado.

¿Y por qué, señores, fomentar ese interés? Precisamente porque en este hemisferio hay 21 naciones, 21 pueblos distintos, cada cual con la obligación de aplicar los principios del derecho internacional en sus relaciones con los demás. De la misma manera que ningún ciudadano de cualquier país puede hacer una ley para sí mismo que infrinja los derechos ajenos, igualmente ninguno de esos 21 estados independientes puede afrontar felizmente los problemas nacionales si sus actividades se restringen a considerar solamente sus cuestiones interiores. A la vez que se exige que cada uno de sus ciudadanos tenga pleno conocimiento de las obligaciones para con los demás impuestas por el derecho municipal, también la familia de las naciones pide que cada uno de sus miembros tenga la conciencia plena de los derechos y obligaciones mutuos que entre Estados requiere el derecho internacional.

Ahora bien, ¿Cómo y hasta qué grado puede fomentarse un interés de esta naturaleza en una comunidad independiente? ¿Deberían considerarse los principios del intercambio internacional, el sistema que busca poner en práctica entre las naciones el aforismo "No hagas a otro lo que no quieras que hagan contigo," como un estudio especial, un alto ejercicio intelectual reservado para los que la buena fortuna permite emplear tiempo y dinero ilimitados en esta rama de la ciencia? ¿Es acaso un problema cuya solución atañe sólo a quienes el pueblo confía la determinación de los grandes asuntos nacidos de las relaciones entre Estados? Una sola respuesta puede darse a esta sugestión por parte de los ciudadanos de las repúblicas de la América cuyo credo fundamental es en esencia el de que los sistemas monárquicos no son tolerados en este lado del Atlántico, y de que el Gobierno debe ser en las palabras de Lincoln del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Es también que una comprensión por el pueblo de la transcendencia de este asunto sólo puede lograrse por medio de la educación. Surge luego la pregunta de cuál es el mejor método para educar al pueblo en este sentido; de ¿cómo presentar estos problemas ante los ojos de cualquier ciudadano de cualquiera de nuestras repúblicas que, conforme a nuestro modo de ser político, podrá ser el llamado por el pueblo para resolver las cuestiones que afecten en lo más íntimo el bienestar de la nación?

El problema de familiarizar al pueblo con los derechos y obligaciones de sus gobiernos por medio de las instituciones de enseñanza será considerado en primer término.

A invitación de la Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional en su octava asamblea anual, se reunieron en abril de 1914, 44 profesores de derecho internacional en representación de 41 colegios y universidades de los Estados

Unidos, para tratar asuntos relacionados con esta ciencia. El fin y la necesidad de esta conferencia se expusieron ampliamente en el discurso inaugural pronunciado por el presidente de la sociedad en frases tan vigorosas que no resisto a la satisfacción de reproducirlas textualmente:

No hay obligación, dijo el señor Root, más imperiosa impuesta en la actualidad sobre los hombres cuya buena suerte les permite adquirir amplios conocimientos acerca de los asuntos en que se ocupa la democracia, que convertirse en directores de la opinión y maestros de sus pueblos. A menos que responda la voluntad popular a la dirección que imprime una jefatura competente de la opinión sobre la cuestión vital de nuestras relaciones exteriores, gobernarán los peores impulsos de la democracia. En el fondo de nuestra conducta prudente y justa yace un conocimiento de los derechos y las obligaciones nacionales. La mitad de las guerras de la historia han ocurrido a causa de que las opiniones erróneas acerca de los derechos y las obligaciones nacionales han resultado de la suposición irracional de que todos los derechos están del lado del propio país y todos los deberes del lado de algún otro. Ahora digo que la cosa más necesaria para el bien de nuestro país en materia de relaciones exteriores, que cada año son más y más complicadas y críticas, es que haya una dirección intelectual de la opinión pública en cuanto a los derechos y las obligaciones nacionales; y nadie puede realizar esto como lo pueden realizar los educadores de América.

Lo apremiante de esta necesidad acentuada por el señor Root de iniciar inmediatamente la educación de este pueblo, queda demostrada no solamente por la índole de los asuntos tratados por aquellos que participaron en esa conferencia, sino también por hechos que resultaron como incidentes de esa reunión. El que en esa ocasión se haya dicho que hace 25 años el estudio del derecho internacional en las instituciones educativas de este país no era ni siquiera conocido no fué motivo de sorpresa para ninguno de los allí congregados; ni sorprendió tampoco la declaración hecha por el profesor Colbey, de Dartmouth College, de que cerca del 50 por ciento de las escuelas de jurisprudencia de este país carecen de cursos de derecho internacional. Estas verdades, consideradas a la luz de los resultados de la averiguación practicada por el profesor Wambaugh, de la Universidad de Harvard, de que al recorrer 230 tomos conteniendo los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, encontró aproximadamente 2,488 causas cuya resolución dependía de principios de derecho internacional, deben causar mortificación a la vez que sorpresa, en vista de la siempre creciente necesidad de una verdadera apreciación por el pueblo de este país de los principios aludidos.

Los delegados a la conferencia se dividieron en siete comités, los cuales se encargaron del estudio de los siguientes puntos: proyectos para aumentar las facilidades para el estudio del derecho de gentes, para hacer la instrucción más uniforme y científica, y a la vez señalar el radio de acción entre la instrucción antes y después de obtener el título; requisito de un conocimiento de los elementos del derecho internacional para los que aspiren a títulos más elevados; conveniencia de recomendar que todas las instituciones de enseñanza establecieran cursos de derecho internacional antes de conceder el título profesional al solicitante; pedir que la Asociación del Foro Norteamericano considerara la cuestión de incluir el estudio de esta asignatura en sus recomendaciones para mayores requisitos antes de ser admitidos al foro; conveniencia de utilizar los servicios de los profesores de derecho internacional asignándoles horas para conferencias en instituciones en que esta ciencia o no es enseñada actualmente o lo es de una manera inadecuada; y finalmente, estudiar lo útil que sería invitar a las universidades que actualmente cuentan con escuelas durante el verano a que comprendiesen en su programa cursos sobre los elementos del derecho internacional.

Traspasaría yo los límites señalados a este trabajo si intentase comentar los eruditos informes presentados por los distintos comités a los que se sometieron estos asuntos. Un informe completo de la conferencia a que me refiero ha sido publicado bajo los auspicios de la Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional y pronto aparecerá la versión española.

Los acuerdos tomados en esa conferencia revelan inmediatamente lo urgente que es tomar medidas enérgicas sobre el particular y sugerir los procedimientos adecuados para llenar estas deficiencias. De las actas se desprende igualmente que los que participaron en ella juzgaron un deber patriótico que incumbía a nuestras instituciones educativas el proporcionar los cursos más completos y extensivos posibles sobre materia tan esencial.

Se reconoció asimismo la necesidad de compilar una bibliografía cuidadosa sobre el derecho internacional y materias correlativas; y se adoptaron varios proyectos tendentes a la fundación de bibliotecas especiales adaptadas a las necesidades de las escuelas de pocos recursos. Altamente benéfica e interesante fué la sugestión de que se dieran a conocer todos los documentos oficiales de administración interior y exterior especialmente los latinoamericanos, y de que se solicitara el concurso del Departamento de Estado para la adquisición de ejemplares de estos documentos para su publicación. Se resolvió que siempre que fuera posible, un curso de derecho internacional comprendiera una instrucción sistemática de por lo menos un año escolar completo, dividido entre el derecho internacional y la diplomacia; y que peritos renombrados se invitaran a ciertos intervalos para dar conferencias sobre la materia en las distintas instituciones; que se hiciera hincapié sobre lo positivo de la materia y lo definido de sus reglas, cuidando de distinguir entre los principios aceptados del derecho internacional y las cuestiones de política exterior.

La décima resolución adoptada llama la atención de los sinodales y demás juntas a quienes toca determinar las materias que deban exigirse a los que solicitan ejercer la abogacía la importancia de que se requiere un conocimiento de los elementos del derecho internacional; a la vez que hace instancias a la asociación del foro norteamericano para que haga gestiones en el mismo sentido.

La importancia de las resoluciones que acabo de citar no puede a mi juicio exagerarse. Hay naturalmente en cada entidad de los Estados Unidos gran número de aspirantes a la abogacía en tales condiciones que no disponen ni del tiempo ni del dinero necesarios para seguir un curso de jurisprudencia y quienes solamente cuentan con su propia iniciativa, constancia y ambición para alcanzar el título codiciado. Los estudios preparatorios hechos bajo estas condiciones se hacen entre nosotros en la oficina de algún abogado litigante de buena reputación, y éstos se ven desgraciadamente obligados a prescindir de la oportunidad para estudiar el derecho internacional en alguna institución educativa. Por otra parte, no existe comunmente ningún estímulo que los impulse a ello. Pero en cambio si las juntas de sinodales exigieran un conocimiento general de sus principios se vería el estudiante obligado a dedicar algunas horas a la materia si espera salir avante en su empresa. De aquí que este requisito tendría mayor alcance todavía que la instrucción educativa.

Por este breve bosquejo que he hecho se verá que el objetivo de la conferencia era traer a la palestra la discusión de ideas para presentar vivamente ante los ojos del pueblo de este país una comprehensión mayor de los problemas nacidos de nuestras relaciones exteriores, mejorando a la vez los métodos de enseñanza de nuestras escuelas de jurisprudencia. El alcance de la conferencia se limitó esencialmente a una disertación sobre los medios más adecuados para lograr esta finalidad en lo que se refiere al papel de las escuelas.

Por indispensable que deba considerarse el factor de promover el adelanto de la enseñanza dentro de estas líneas como instrucción académica, es sin embargo evidente que como un medio de familiarizar a la gente de un país con los principios del derecho internacional tiene grandes limitaciones. Como lo expresa el profesor Lawson, de la Universidad de Missouri, no preparamos maestros en nuestras universidades. Todo hombre espera entrar en el foro y expresa como experiencia propia que tan pronto como el derecho internacional se convirtió en materia electiva en la escuela de leyes que dirigía, la escuela de 50 o 60 alumnos que habían estado tomando el curso como materia obligatoria bajó al punto a 5 o 6, porque los estudiantes creyeron que debían dedicar su tiempo a las materias que debían presentar en los exámenes para ingresar al foro.

La necesidad de proporcionar un medio para crear y sostener el interés en los principios de las leyes internacionales distintos de los que proporciona una instrucción académica, ha sido aceptada por muchos de los estadistas, publicistas y letrados prominentes de este país; lo cual demuestra el breve bosquejo del origen, desarrollo y trabajo práctico de la Sociedad Norteamericana del Derecho Internacional,[1] el cual agrego a este artículo en la forma de una nota.

El objeto de la sociedad, según se manifiesta en el artículo 2 de su Constitución, es "fomentar el estudio del derecho internacional y favorecer el establecimiento de relaciones internacionales sobre la base de la ley y la justicia. Con este propósito cooperará con otras sociedades de este país y de otros que tengan la misma finalidad."

Creo que no exagero al afirmar que tanto la Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional como el periódico publicado en relación con ella, en cuanto se refiere a este país, han satisfecho las necesidades y sostenido

[1] En la undécima reunión anual de la conferencia de Lake Mohonk sobre arbitraje internacional, celebrado del 21 de mayo al 2 de junio de 1905, se puso en evidencia por una discusión y cambio de opiniones familiares entre los distintos miembros que estaban presentes, que existía un gran deseo de que se formara una sociedad para el progreso del derecho internacional y para el establecimiento de un periódico en inglés consagrado a los intereses del derecho internacional en este país. La probabilidad de organizar esta sociedad fué estudiada por un comité semioficial constituido por el actual Secretario de Estado de los Estados Unidos, el Dr. James Brown Scott y el Sr. George W. Kirchway. Se recogió la opinión de la conferencia con el resultado de que se aprobó una resolución que favorecía este movimiento. Más tarde se nombró un comité para redactar una forma de organización de una sociedad americana de derecho internacional, y este comité que contaba entre sus miembros a los más prominentes juristas, publicistas y educadores de este país, celebró varias conferencias sobre el asunto, con el resultado final de que se estableciera la sociedad y el diario americano de derecho internacional. En 29 de enero de 1906 se celebró la primera sesión regular del consejo ejecutivo de la sociedad en Wáshington, presidiendo el presidente, Honorable Elihu Root, que procedió a terminar la organización de la sociedad en cumplimiento de lo requerido por la Constitución. La primera sesión anual de la sociedad se celebró en Wáshington, D. C., en abril 19 y 20 de 1907.

En el octavo año de su existencia los miembros de la sociedad Norteamericana de Derecho Internacional son más de 1,000; la Revista Norteamericana de Derecho Internacional que aparece bimestralmente, se publica en inglés y en español y sus suscritores han llegado a exceder de un millar. En la lista de sus suscritores se encuentran los nombres de juristas, publicistas, educadores y hombres de letras de todo el mundo. No es aventurado decir que tanto el periódico propio como sus actas han sido citados como autoridad por escritores de derecho internacional en este hemisferio y en el oriental, hombres cuyas opiniones en derecho internacional constituyen la última palabra en este ramo del saber humano. En cada número del periódico, además de los felices comentarios editoriales se encuentran una crónica de asuntos internacionales, una lista de documentos públicos relativos al derecho internacional, una lista de decisiones que comprenden cuestiones de derecho internacional, y una lista de la literatura periodística que trata del mismo asunto.

los altos principios bosquejados por el Senador Root, cuando en su artículo sobre la necesidad de un conocimiento popular del derecho internacional, dice:

"Un medio para realizar esta condición deseable—la habilidad del pueblo para pesar con imparcialidad los argumentos que se presentan en pro y en contra del propio país—es dar al público en general un conocimiento de los derechos y deberes internacionales y promover la costumbre popular de leer y pensar acerca de asuntos internacionales. Mientras más claramente comprenda el pueblo de un país sus propios derechos internacionales, menos probable es que adquiera opiniones exageradas y extravagantes de sus derechos, y menos probable es que esté pronto para combatir por algo a que realmente no tiene derecho. Mientras más clara y universalmente comprenda el pueblo de un país los derechos y obligaciones internacionales de su país, menos probable es que resienta las justas demandas de otros países para que se cumplan esos deberes y obligaciones; y mientras más conoce el pueblo de un país las reglas y costumbres de dominio propio y cortesía entre las naciones, las cuales la larga costumbre ha demostrado son indispensables para conservar la paz del mundo, mayor será la tendencia a abstenerse de hablar públicamente de controversias con otros países de manera que constituyan un obstáculo al arreglo pacífico, hiriendo sensibilidades o despertando iras y prejuicios en el otro lado.

Por estas razones me parece que la influencia de la nueva Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional y la publicación de sus revistas trimestrales serán de resultados benéficos y prácticos para el pueblo de los Estados Unidos; y recomiendo la asociación y la revista trimestral al apoyo de los hombres reflexivos que deseen coadyuvar a la causa de la justicia y la paz internacionales.

Aunque el objeto inmediato de establecer la Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional y la Revista que se publicaría bajo los auspicios de dicha sociedad era el intentar promover un conocimiento suficiente y la comprensión adecuada del derecho de gentes por los habitantes de este país, no debe pensarse que los hombres de estado y juristas que inspiraron el proyecto creyeran que tal fuese la finalidad que se buscara.

En este campo como en todas las demás cuestiones relacionadas con la vida de una comunidad, ya sea de personas o de naciones, el concurso nacido de la confianza y respeto mutuos forma el único camino que conduce hacia un éxito real y duradero.

Nada pues más natural, más lógico, que el pensamiento fundamental que inspiró el proyecto primordial nos llevara a la consideración de un plan más efectivo, el cual, si se realizase entre los 21 Estados soberanos del continente, unidos ya por el reconocimiento común de los grandes principios de la democracia conforme a los cuales todos y cada uno han sido formados, tendería a considerar desde un punto de vista común los derechos y obligaciones nacionales por parte de todos. Me refiero al establecimiento de una sociedad de derecho internacional en cada uno de los Estados de las Américas, afiliadas a un instituto central de derecho internacional, en el cual cada uno de los países de este hemisferio, tanto grandes como pequeños, estén representados bajo idénticas bases con cada una de sus hermanas, las Repúblicas de América.

¿Qué argumentación se necesita para demostrar una necesidad tan obvia o un paso que es consecuencia inherente a todo progreso humano? Simplemente es una repetición en grande escala de los mismos principios que han animado a la humanidad desde el comienzo de la civilización, cuando tomando la forma de consejos de tribus, los hombres se reunieron para dictar y poner en vigor reglas que gobernaran las relaciones de individuos en cada pequeña comunidad. Pero se puede agregar lo siguiente: que el instinto que inspira a los individuos a adoptar reglas de conducta para el desarrollo de las relaciones amistosas entre ellas, encuentra expresión más elevada cuando las naciones cooperan con el propósito de alcanzar igual fin. Porque el principal motivo que impulsó al individuo fué el instinto de la propia conservación, mientras que en el caso

de un Estado soberano, el primer instinto de cualquiera de sus ciudadanos, cuando sus derechos individuales como ciudadanos, o la honra o seguridad del país parecen estar en cualquiera forma amenazados por los actos de otra comunidad nacional, es un orgulloso e insumiso sentimiento de seguridad basado sobre el pensamiento patriótico de que su gobierno es suficientemente capaz de cuidar de sus propios intereses cualesquiera que fueren las circunstancias. Repito que el más noble aspecto llega a ser desde luego aparente cuando nos damos cuenta de que en el caso del individuo el impulso hacia la vida comunal se basó desde su incipiencia en los motivos más puramente egoístas, mientras que una acción análoga emprendida y concienzudamente sostenida por Estados soberanos se ejecuta con el conocimiento de que inevitablemente, tarde o temprano, el orgullo nacional debe hacer un sacrificio voluntario inspirado en lo justo de las demandas de cualquiera República hermana.

Debo pediros perdón, por haberme permitido extenderme, aunque brevemente, en las observaciones contenidas en el párrafo anterior, por la sencilla razón de que afortunadamente cualquier comentario sobre esto es académico. En junio de 1911, el doctor Scott, quien previamente había estado conferenciando con el señor Alejandro Álvarez, cuyo nombre es bien conocido como consejero del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, dirigió una comunicación al Senador Root que comprendía los puntos que paso en seguida a enumerar.

El doctor Scott hace ver que tanto él como el doctor Álvarez habían consagrado durante los dos años próximo pasados gran parte de sus esfuerzos en idear los medios para un acercamiento todavía más íntimo que el que felizmente ha existido entre los pueblos de América. Se proponían estos señores iniciar un movimiento para fijar y determinar los principios del bien y de la justicia que deberían regir las relaciones de los ciudadanos de los Estados de este continente entre sí, y que formarán sobre todo la base para sus gestiones en épocas de paz.

Estos distinguidos juristas llegaron a las siguientes conclusiones: Que el mejor método de interesar a los estadistas, y publicistas quienes según se creyó se interesarían en el proyecto, consistía en establecer un instituto americano de derecho internacional en el que estarían representados los publicistas de cada país por igual número de vocales, cinco por ejemplo, quienes se comprometerían a crear en la capital de sus respectivos países una sociedad nacional del derecho de gentes; que el instituto americano se reuniera por primera vez en Wáshington para la discusión y estudio de cuestiones de derecho internacional y, sobre todo, de cuestiones que entrañaran las relaciones de las Repúblicas de este hemisferio entre sí en tiempos de paz; de modo que se formulase lentamente un código de derecho internacional como resultado de las opiniones cambiadas en las conferencias en que tomaran parte todos los juristas y hombres de ciencia de la América. No era el propósito que el instituto americano desempeñase de alguna manera el papel de competidor con el instituto de derecho internacional que ya existía; que su primordial objeto era el de crear un sentimiento de solidaridad entre los pueblos de las Repúblicas Americanas y emprender el estudio de problemas y principios del bien y de la justicia de la América entera, que, reconocidos y aplicados por los pueblos de este continente en sus relaciones mutuas, constituyeran la mejor garantía de un paz permanente.

Se propuso que la Sociedad Norteamericana de Derecho Internacional continuara en todo su vigor; que se estableciese una sociedad nacional en cada uno de los países latino-americanos y que éstas tuvieran derecho a afiliarse al Instituto Americano; y que formaran parte de él los miembros fundadores de las sociedades nacionales. Se manifestó la esperanza en esa ocasión de que el señor Root se sirviese aceptar la presidencia del proyectado instituto americano.

Este plan, una vez concebido, se puso en vigor con la energía, sagacidad, y completa comprehensión del detalle más pequeño que siempre caracteriza a sus iniciadores. En julio de 1912 se envió la minuta de la carta constitutiva y reglamentos a los hombres públicos y juristas más distinguidos de todos los países sudamericanos. Entre tanto las eminencias del derecho internacional en el Continente Europeo habían sido consultadas respecto al establecimiento de semejante institución; y sus opiniones acerca de lo conveniente y factible que era el proyecto, constituyen un timbre de gloria para los originadores del plan. El 12 de octubre de 1912 se fundó en Wáshington el Instituto Americano. En la actualidad es muy satisfactorio notar de acuerdo con los informes y la petición comunicados a las 21 Repúblicas americanas, según lo pedía el proyecto que ni una sola de ellas ha dejado de establecer en su capital una sociedad nacional del derecho de gentes. Según se ha dicho antes, los miembros fundadores de estas distintas instituciones fueron designados ipso facto miembros del instituto americano; y parece muy probable, para citar las palabras de la nota de 12 de octubre de 1912 sobre el establecimiento del Instituto Americano de Derecho Internacional, que " el Instituto se consagrará en una palabra a amoldar y desarrollar la opinión pública de los Estados Americanos, y que llegará a ser hasta donde sea posible, el vocero de la conciencia jurídica de todo el continente."

Como he manifestado al referirme a las distintas deliberaciones celebradas con respecto a este proyecto, uno de los fines principales del Instituto Americano es el de encaminar el espíritu del hombre hacia la paz y laborar hacia la concentración de sus esfuerzos para el establecimiento permanente de relaciones amistosas como primer objetivo entre las naciones de este hemisferio. Aunque seguramente surgirán cuestiones relacionadas con las leyes de la guerra y los derechos y obligaciones de beligerantes y neutrales, éstos recibirán el estudio debido en las deliberaciones de sus miembros. ¿Acaso el hecho de que una guerra magna se esté librando actualmente en Europa afecta de alguna manera, aunque sea transitoriamente, los fines que persigue esta institución, o debería afectarlos? La respuesta a esta pregunta se halla en la nota siguiente:

"Nota sobre el Instituto Americano de Derecho Internacional y las sociedades nacionales afiliadas" que a la letra dice:

Los infrascritos (refiriéndose al establecimiento del Instituto, con anterioridad al presente conflicto) juzgan que estas exposiciones eran fieles y se aprovechan de esta oportunidad para reiterar lo que en ellas está expuesto. Pero si en la fecha en que fueron redactadas eran correctas con tanta más razón lo son en los actuales momentos cuando las más grandes y algunas de las más civilizadas potencias del mundo parecen haber olvidado sus protestas de paz y haber recurrido a la espada como el mejor argumento para resolver las controversias internacionales. Los infrascritos no tienen el atrevimiento de exponer una opinión acerca de las razones que han llevado a estas potencias a la guerra, ni a discutir la causa ni las consecuencias del conflicto. Se concretan a señalar la tragedia que actualmente tiene lugar en el continente europeo y acentuar su aserto de que los publicistas de América están obligados por un solemne deber de cooperar en un esfuerzo común a desarrollar un sistema de derecho internacional en el hemisferio occidental que resuelva las diferencias que nazcan entre las naciones sin recurrir a la fuerza acondicionada sin duda esta última para resolver cuestiones de mera fuerza y resistencia físicas, mas incapaz de resolver acerca de parte de quien está la razón en una controversia dada. El establecimiento de las sociedades de derecho internacional y del Instituto Americano de Derecho Internacional podría haberse considerado antes como una cuestión meramente académica; pero los acontecimientos del semestre que comenzó el primero de agosto de 1914 son la prueba más palpable, en concepto de los infrascritos, de que ello constituye una necesidad imprescindible para el nuevo mundo.

En la conferencia de profesores norteamericanos de derecho internacional a que se ha hecho referencia, el Excelentísimo señor don Domicio da Gama, Embajador del Brasil, habló en estos términos: "Los brasileños defendimos la igualdad de las naciones en La Haya; dijimos entonces que no había Estados pequeños."

Y es verdad esto ante los ojos del derecho internacional. Sin embargo, al tratar esta cuestión a la luz clara de los hechos y la amarga experiencia humana, no necesitamos más que volver los ojos a la presente guerra para que toda duda sobre el particular desaparezca. No nos toca a nosotros, ciudadanos de este continente de América que vive felizmente en términos de amistad con todas las partes contendientes en el conflicto actual, adelantar opinión alguna sobre los derechos y obligaciones mutuos de todos los estados, grandes o pequeños, salvo el solo caso en que los derechos de nuestros ciudadanos, o la honra o seguridad de nuestras Repúblicas se encuentren de modo alguno amenazados o en grave peligro.

Al levantar la voz por nuestras repúblicas creo que podrá decirse con toda prudencia y propiedad no sólo desde el punto de vista del principio internacional, al que todos aspiramos, sino desde la más alta convicción de lo que constituye el bien o el mal en la ley y en la moralidad: que no hay Estados pequeños de este lado del Atlántico.

Lo que todos anhelamos es una ley, una fuerza, una sanción, que salvaguarde los derechos de cada miembro de la comunidad de las naciones de este hemisferio sin considerar ni el poder comercial ni el militar, ni tampoco los líneas fronterizas.

Algunos han pensado que tal sanción podrá obtenerse en último análisis por una demostración de fuerza en la que todas las naciones, o una mayoría abrumadora de ellas, participara de común acuerdo y que la ejerciera, en caso de que esa contingencia por desgracia se presentase. Muy lejos de mí está el pensar en una sanción apoyada por la fuerza de las armas. Aun cuando no podemos cegarnos hasta el grado de decir que no hay estados pequeños, que la cuestión de la preponderancia del poder comercial o militar no se pierde completamente en las relaciones internacionales, deseo sin embargo insistir en estos momentos en que la protección de los derechos de todos y cada uno de nosotros quedará asegurada por una acción de acuerdo con lo antes proyectado y aprobada por los esfuerzos y concurso de todos los que participan en las altas aspiraciones de aquellos hombres a quienes mencioné en la primera parte de este trabajo. Esos esfuerzos y ese concurso prometen mucho en pro de la integridad de los derechos soberanos de todas las Repúblicas del continente, sean grandes o pequeñas, para que ellas tengan su verdadera protección y garantía en el acatamiento por el hombre de los derechos de sus conciudadanos, manifestado en toda la extensión de este vasto y doble continente por el reconocimiento en escala muy superior de nación a nación.

Una palabra más: Si el conflicto cruel y devastador que convierte en campos de muerte las ricas comarcas de Europa y desmoronó los preciosos monumentos del progreso humano, tiene tal vez otro significado que no sea un retroceso hacia las barbaries de la edad media y la devastación de miles de hogares, esperamos que sea éste: que aquel principio de las leyes de la guerra que enseña que un Estado puede por medio de las armas adquirir el territorio de una nación hermana y retenerlo por el llamado derecho de conquista, será desechado como completamente en contravención de los principios de la justicia, y que aquel Estado que alega el derecho de legítima defensa como única justificación por la invasión armada del territorio de otro, se presentará ante el jurado de las naciones abrumado por el peso de la responsabilidad.

Adjournment.

JOINT SESSION OF SUBSECTION 1 OF SECTION VI AND THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW.

SHOREHAM HOTEL,
Tuesday night, December 28, 1915.

Chairman, ELIHU ROOT.

The session was called to order at 8 o'clock by the chairman, the president of the society, Hon. Elihu Root.

The CHAIRMAN. Gentlemen of the subsection on international law of the Pan American Scientific Congress, gentlemen of the American Society of International Law, and ladies, it gives me great pleasure to act as the spokesman for the American Society of International Law in welcoming all of you who are our guests at this our annual meeting, and especially to welcome the cooperation and union of the members of the Pan American Scientific Congress in this effort towards the promotion of the science which underlies and is the basis of all international good understanding.

It has been customary in the past at meetings of the American Society of International Law for the presiding officer to begin the meeting by a very informal statement of the principal and most significant events in international law and diplomacy during the preceding year. That I shall omit. I shall hold that the terrible events which have happened during the past year are within the knowledge of all and that they are beyond the power of anyone's description, and shall pass immediately and ask your attention to some observations upon the outlook for international law.

THE OUTLOOK FOR INTERNATIONAL LAW.

By ELIHU ROOT,

President of the American Society of International Law.

The incidents of the great war now raging affect so seriously the very foundations of international law that there is for the moment but little satisfaction to the student of that science in discussing specific rules. Whether or not Sir Edward Carson went too far in his recent assertion that the law of nations has been destroyed, it is manifest that the structure has been rudely shaken. The barriers that statesmen and jurists have been constructing laboriously for three centuries to limit and direct the conduct of nations toward each other, in conformity to the standards of modern civilization, have proved too weak

to confine the tremendous forces liberated by a conflict which involves almost the whole military power of the world and in which the destinies of nearly every civilized State outside the American continents are directly at stake.

The war began by a denial on the part of a very great power that treaties are obligatory when it is no longer for the interest of either of the parties to observe them. The denial was followed by action supported by approximately one-half the military power of Europe, and is apparently approved by a great number of learned students and teachers of international law, citizens of the countries supporting the view. This position is not an application of the doctrine *sic stantibus rebus*, which justifies the termination of a treaty under circumstances not contemplated when the treaty was made, so that it is no longer justly applicable to existing conditions. It is that under the very circumstances contemplated by the treaty and under the conditions for which the treaty was intended to provide the treaty is not obligatory as against the interest of the contracting party.

This situation naturally raises the question whether executory treaties will continue to be made if they are not to be binding, and requires consideration of a system of law under which no conventional obligations are recognized. The particular treaty which was thus set aside was declaratory of the general rule of international law respecting the inviolability of neutral territory, and the action which ignored the treaty also avowedly violated the rule of law, and the defense is that for such a violation of the law the present interest of a sovereingn State is justification. It is plain that the application of such a principle to a matter of major importance at the beginning of a long conflict must inevitably be followed by the setting aside of other rules as they are found to interfere with interest or convenience; and that has been the case during the present war. Many of the rules of law which the world has regarded as most firmly established have been completely and continuously disregarded, in the conduct of war, in dealing with the property and lives of civilian noncombatants on land and sea, and in the treatment of neutrals. Alleged violations by one belligerent have been asserted to justify other violations by other belligerents. The art of war has been developed through the invention of new instruments of destruction, and it is asserted that the changes of conditions thus produced make the old rules obsolete.

It is not my purpose at this time to discuss the right or wrong of these declarations and actions. Such a discussion would be quite inadmissible on the part of the presiding officer of this meeting. I am stating things which, whether right or wrong, have unquestionably happened, as bearing upon the branch of jurisprudence to which this society is devoted. It seems that if the violation of law justifies other violations, then the law is destroyed and there is no law; that if the discovery of new ways of doing a thing prohibited justifies the doing of it, then there is no law to prohibit. The basis of such assertions really is the view that if a substantial belligerent interest for the injury of the enemy come in conflict with a rule of law, the rule must stand aside and the interest must prevail. If that be so it is not difficult to reach the conclusion that for the present, at all events, in all matters which affect the existing struggle, international law is greatly impaired. Nor can we find much encouragement to believe in the binding force of any rules upon nations which observe other rules only so far as their interest at the time prompts them. Conditions are always changing and a system of rules which cease to bind whenever conditions change should hardly be considered a system of law. It does not follow that nations can no longer discuss questions of right in their diplomatic intercourse, but upon such a basis it seems quite useless to appeal

to the authority of rules already agreed upon as just and right and their compelling effect because they have been already agreed upon.

When we recall Mansfield's familiar description of international law as "founded upon justice, equity, convenience, the reason of the thing, and confirmed by long usage," we may well ask ourselves whether that general acceptance which is necessary to the establishment of a rule of international law may be withdrawn by one or several nations and the rule be destroyed by that withdrawal so that the usage ceases and the whole subject to which it relates goes back to its original status as matter for new discussion as to what is just, equitable, convenient, and reasonable.

When this war is ended, as it must be some time, and the foreign offices and judicial tribunals and publicists of the world resume the peaceable discussion of international rights and duties, they will certainly have to consider not merely what there is left of certain specific rules, but also the fundamental basis of obligation upon which all rules depend. The civilized world will have to determine whether what we call international law is to be continued as a mere code of etiquette or is to be a real body of laws imposing obligations much more definite and inevitable than they have been heretofore. It must be one thing or the other. Although foreign offices can still discuss what is fair and just and what is expedient and wise, they can not appeal to law for the decision of disputed questions unless the appeal rests upon an obligation to obey the law. What course will the nations follow?

Vague and uncertain as the future must be, there is some reason to think that after the terrible experience through which civilization is passing, there will be a tendency to strengthen rather than abandon the law of nations. Whatever the result may be, the world will have received a dreadful lesson of the evils of war. The sacrifice of millions of lives, millions homeless and in poverty, industry and commerce destroyed, overwhelming national debts—all will naturally produce a strong desire to do something that will prevent the same thing happening again.

While the war has exhibited the inadequacy of international law, so far as it has yet developed, to curb those governmental policies which aim to extend power at all costs, it has shown even more clearly that little reliance can be placed upon unrestrained human nature, subject to specific temptation, to commit forcible aggression in the pursuit of power and wealth. It has shown that where questions of conduct are to be determined under no constraint except the circumstances of the particular case, the acquired habits of civilization are weak as against the powerful, innate tendencies which survive from the countless centuries of man's struggle for existence against brutes and savage foes. The only means yet discovered by man to limit those tendencies consist in the establishment of law, the setting up of principles of action and definite rules of conduct which can not be violated by the individual without injury to himself. That is the method by which the wrongs naturally flowing from individual impulse within the State have been confined to narrow limits. That analogy, difficult as it is to maintain in view of the differences between the individual who is subject to sovereignty and the nation which is itself sovereign, indicates the only method to which human experience points to avoid repeating the present experience of these years of war consistently with the independence of nations and the liberty of individuals. The Pax Romana was effective only because the world was subject to Rome. The Christian church has been urging peace and good will among men for nineteen centuries, and still there is this war. Concerts of Europe and alliances and ententes and skillful balances of power all lead ultimately to war. Conciliation, good will, love of peace, human sym-

pathy, are ineffective without institutions through which they can act. Only the possibility of establishing real restraint by law seems to remain to give effect to the undoubted will of the vast majority of mankind.

In the effort to arrange the affairs of the world so that they will not lead to another great catastrophe, men will therefore turn naturally toward the reestablishment and strengthening of the law of nations. How can that be done? How can the restraints of law be made more effective upon nations?

It is not difficult to suggest some things which will tend in that direction.

Laws to be obeyed must have sanctions behind them; that is to say, violations of them must be followed by punishment. That punishment must be caused by power superior to the lawbreaker; it can not consist merely in the possibility of being defeated in a conflict with an enemy; otherwise there would be no law as between the strong and the weak. Many States have grown so great that there is no power capable of imposing punishment upon them except the power of collective civilization outside of the offending States. Any exercise of that power must be based upon public opinion. It can not rest merely upon written agreements or upon the accidental dictates of particular interests. It must proceed from general, concurrent judgment and condemnation. When that exists, punishment may be inflicted either by the direct action of governments, forcible or otherwise, or by the terrible consequences which come upon a nation that finds itself without respect or honor in the world and deprived of the confidence and good will necessary to the maintenance of intercourse. Without such an opinion behind it, no punishment of any kind can be imposed for the violation of internatioal law.

For the formation of such a general opinion, however, questions of national conduct must be reduced to simple and definite form. Occasionally there is an act the character of which is so clear that mankind forms a judgment upon it readily and promptly, but in most cases it is easy for the wrongdoer to becloud the issue by assertion and argument and to raise a complicated and obscure controversy which confuses the judgment of the world. There is but one way to make general judgment possible in such cases. That is by bringing them to the decision of a competent court which will strip away the irrelevant, reject the false, and declare what the law requires or prohibits in the particular case. Such a court of international justice with a general obligation to submit all justiciable questions to its jurisdiction and to abide by its judgment is a primary requisite to any real restraint of law.

When we come to consider the working of an international court, however, we are forced to realize that the law itself is in many respects imperfect and uncertain. There is no legislature to make laws for nations. There is no body of judicial decisions having the effect of precedent to declare what international laws are. The process of making international law by usage and general acceptance has been necessarily so slow that it has not kept pace with the multiplying questions arising in the increasing intercourse of nations. In many fields of most fruitful controversy different nations hold tenaciously to different rules, as, for recent example, upon the right of expatriation, upon the doctrine of continuous voyages, upon the right to transfer merchant vessels after the outbreak of a war. Yet any attempt to maintain a court of international justice must fail unless there are laws for the court to administer. Without them the so-called court would be merely a group of men seeking to impose their personal opinions upon the States coming before them. The lack of an adequate system of law to be applied has been the chief obstacle to the development of a system of judicial settlement of international disputes. This is well illustrated by the history of

the Second Hague Conference treaty for an international prize court. The conference agreed to establish such a court and provided in article 7 of the treaty that in the absence of special treaty provisions governing the case presented "the court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rule exists, the court shall give judgment in accordance with the general principles of justice and equity." When the question of ratifying this treaty was presented to the Powers whose delegates had signed it, some of them awoke to the fact that upon many subjects most certain to call for the action of a court there was no general agreement as to what the rules of international law were, and that different nations had different ideas as to what justice and equity would require, and that each judge would naturally follow the views of his own country. Accordingly, the conference of London was called, and met in December, 1908. In that conference the delegates of the principal maritime powers came to agreement upon a series of questions and they embodied their agreement in the 71 articles of the Declaration of London. If that declaration had been ratified by all the powers in the conference, it would doubtless have been accepted as a statement of the international law upon the subjects covered. But it was not ratified, and so the prize court treaty remains ineffective because the necessary basis for the action of the court is wanting.

It is plain that in order to have real courts by which the legal rights of nations can be determined and the conduct of nations can be subjected to definite tests, there must be a settlement by agreement of old disputes as to what the law ought to be and provision for extending the law over fields which it does not now cover. One thing especially should be done in this direction. Law can not control national policy, and it is through the working of long-continued and persistent national policies that the present war has come. Against such policies all attempts at conciliation and good understanding and good will among the nations of Europe have been powerless. But law, if enforced, can control the external steps by which a nation seeks to follow a policy, and rules may be so framed that a policy of aggression can not be worked out except through open violations of law which will meet the protest and condemnation of the world at large, backed by whatever means shall have been devised for law enforcement.

There is another weakness of international law as a binding force which it appears to me can be avoided only by a radical change in the attitude of nations toward violations of the law.

We are all familiar with the distinction in the municipal law of all civilized countries, between private and public rights and the remedies for the protection or enforcement of them. Ordinary injuries and breaches of contract are redressed only at the instance of the injured person, and other persons are not deemed entitled to interfere. It is no concern of theirs. On the other hand, certain flagrant wrongs the prevalence of which would threaten the order and security of the community are deemed to be everybody's business. If, for example, a man be robbed or assaulted, the injury is deemed not to be done to him alone, but to every member of the State by the breaking of the law against robbery or against violence. Every citizen is deemed to be injured by the breach of the law because the law is his protection, and if the law be violated with impunity, his protection will disappear. Accordingly, the Government, which represents all its citizens, undertakes to punish such action even though the particular person against whom the injury was done may be content to go without redress. Up to this time breaches of international law have been treated as we treat wrongs under civil procedure, as if they con-

cerned nobody except the particular nation upon which the injury was inflicted and the nation inflicting it. There has been no general recognition of the right of other nations to object. There has been much international discussion of what the rules of law ought to be and the importance of observing them in the abstract, and there have been frequent interferences by third parties as a matter of policy upon the ground that specific, consequential injury to them might result from the breach; but, in general, States not directly affected by the particular injury complained of have not been deemed to have any right to be heard about it. It is only as disinterested mediators in the quarrels of others or as rendering good offices to others that they have been accustomed to speak if at all. Until the First Hague Conference that form of interference was upon sufferance. In the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, concluded at that conference, it was agreed that in case of serious trouble or conflict, before an appeal to arms the signatory powers should have recourse to the good offices or mediation of foreign powers, and article 3 also provided:

> Independent of this recourse, the signatory powers recommend that one or more powers strangers to the dispute should on their own initiative and as far as circumstances may allow, offer their good offices or mediation to the States at variance. Powers strangers to the dispute have a right to offer good offices or mediation even during the course of hostilities. The exercise of this right can never be regarded by one or other of the parties in conflict as an unfriendly act.

These provisions are a considerable step toward a change in the theory of the relation of third powers to an international controversy. They recognize such an independent interest in the prevention of conflict as to be the basis of a right of initiative of other powers in an effort to bring about a settlement. It still remains under these provisions, however, that the other powers assert no substantive right of their own. They are simply authorized to propose an interference in the quarrels of others to which they are deemed to be strangers. The enforcement of the rules of international law is thus left to the private initiative of the country appealing to those rules for protection, and the rest of the world has in theory and in practice no concern with the enforcement or nonenforcement of the rules.

If the law of nations is to be binding, if the decisions of tribunals charged with the application of that law to international controversies are to be respected, there must be a change in theory, and violations of the law of such a character as to threaten the peace and order of the community of nations must be deemed to be a violation of the right of every civilized nation to have the law maintained and a legal injury to every nation. When a controversy arises between two nations, other nations are indeed strangers to the dispute as to what the law requires in that controversy, but they can not really be strangers to a dispute as to whether the law which is applicable to the circumstances shall be observed or violated. Next to the preservation of national character, the most valuable possession of all peaceable nations, great and small, is the protection of those laws which constrain other nations to conduct based upon principles of justice and humanity. Without that protection there is no safety for the small State except in the shifting currents of policy among its great neighbors, and none for a great State, however peaceable and just may be its disposition, except in readiness for war. International laws violated with impunity must soon cease to exist, and every State has a direct interest in preventing those violations which, if permitted to continue, would destroy the law. Wherever in the world the laws which should protect the independence of nations, the inviolability of their territory, the lives and property of their citizens, are

violated, all other nations have a right to protest against the breaking down of the law. Such a protest would not be an interference in the quarrels of others. It would be an assertion of the protesting nation's own right against the injury done to it by the destruction of the law upon which it relies for its peace and security. What would follow such a protest must in each case depend upon the protesting nation's own judgment as to policy, upon the feeling of its people, and the wisdom of its governing body. Whatever it does, if it does anything, will be done not as a stranger to a dispute or as an intermediary in the affairs of others, but in its own right for the protection of its own interest. Upon no other theory than this can the decisions of any court for the application of the law of nations be respected, or any league or concert or agreement among nations for the enforcement of peace by arms or otherwise be established, or any general opinion of mankind for the maintenance of law be effective.

Can any of these things be done? Can the law be strengthened and made effective? Imperfect and conflicting as is the information upon which conjecture must be based, I think there is ground for hope that from the horrors of violated law a stronger law may come. It was during the appalling crimes of the Thirty Years' War that Grotius wrote his De Jure Belli ac Pacis and the science of international law first took form and authority. The moral standards of the Thirty Years' War have returned again to Europe with the same dreadful and intolerable consequences. We may hope that there will be again a great new departure to escape destruction by subjecting the nations to the rule of law. The development and extension of international law has been obstructed by a multitude of jealousies and supposed interests of nations each refusing to consent to any rule unless it be made most favorable to itself in all possible future contingencies. The desire to have a law has not been strong enough to overcome the determination of each nation to have the law suited to its own special circumstances; but when this war is over the desire to have some law in order to prevent so far as possible a recurrence of the same dreadful experience may sweep away all these reluctances and schemes for advantage and lead to agreement where agreement has never yet been possible. It often happens that small differences and petty controversies are swept away by a great disaster, deep feeling, and a sense of common danger. If this be so, we can have an adequate law and a real court which will apply its principles to serious as well as petty controversies, and a real public opinion of the world responding to the duty of preserving the law inviolate. If there be such an opinion it will be enforced. I shall not now inquire into the specific means of enforcement, but the means can be found. It is only when opinion is uncertain and divided or when it is sluggish and indifferent and acts too late that it fails of effect. During all the desperate struggles and emergencies of the great war the conflicting nations from the beginning have been competing for the favorable judgment of the rest of the world with a solicitude which shows what a mighty power even now that opinion is.

Nor can we doubt that this will be a different world when peace comes. Universal mourning for the untimely dead, suffering, and sacrifice, the triumph of patriotism over selfishness, the long dominance of deep and serious feeling, the purifying influences of self-devotion, will surely have changed the hearts of the nations, and much that is wise and noble and for the good of humanity may be possible that never was possible before.

Some of us believe that the hope of the world's progress lies in the spread and perfection of democratic self-government. It may be that out of the rack and welter of the great conflict may arise a general consciousness that it is the people who are to be considered, their rights and liberties to govern and be

governed for themselves rather than rulers' ambitions and policies of aggrandizement. If that be so, our hopes will be realized, for autocracy can protect itself by arbitrary power, but the people can protect themselves only by the rule of law.

The CHAIRMAN. Next upon our program is an address by Hon. John Bassett Moore, formerly counsellor for the Department of State, on "The relation of international law to national law in American countries," and I take great pleasure in presenting him.

THE RELATION OF INTERNATIONAL LAW TO NATIONAL LAW IN THE AMERICAN REPUBLICS.

By JOHN BASSETT MOORE,

Professor of International Law of Columbia University.

The present address is not concerned with the question whether the law of nations or international law is to be placed in the same legal category as national or municipal law—a question I discussed elsewhere a year ago.[1] It relates simply to the attitude of the authorities, legislative, administrative and judicial, of the American countries toward international law and its enforcement. It may be superfluous to say that international law, in the sense in which the term is commonly understood, had its origin among the so-called Christian States of Europe. In consequence, all European States and all States inheriting European civilization are assumed to be bound by it. By Article VII, however, of the Treaty of Paris of March 30, 1856, Turkey was expressly admitted "to participate in the advantages of the public law and system of concert of Europe." With this act the classification of States that were subject and those that were not subject to international law as Christian and non-Christian ceased to be applicable, and its inapplicability became only the more pronounced with the acceptance of the system by Japan and other non-Christian countries.

In regard to the countries of America there never was any question as to their position or their obligation, since all of them, as they now exist, were of European origin, having been at one time or another the colonies of European powers. The first of them to become independent—the United States of America—acted from the outset upon the principle that it was subject to what was then generally known as the law of nations, but is now commonly called international law. Long prior to the formation of the Constitution of the United States, while the loose national association formed by the Articles of Confederation was still in existence, the so-called Federal Court of Appeals declared that "the municipal laws of a country can not change the law of nations so as to bind the subjects of another nation." (Case of the *Resolution*, 2 Dallas, 1, 4.) In 1796, seven years after the establishment of the Government under the Constitution, Mr. Justice Wilson, sitting in the Supreme Court, declared that "when the United States declared their independence they were bound to receive the law of nations in its modern state of purity and refinement." (Ware *v.* Hylton, 3 Dallas, 199, 281.) By the Constitution itself inter-

[1] Law and Organization: Presidential address at the Eleventh Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, December, 1914. The American Political Science Review, February, 1915.

national law was indeed expressly recognized. Such recognition is seen in the provision that Congress shall have power to define and punish piracies and felonies committed on the high sea, "and offenses against the law of nations." (Art. I, sec. 8, clause 10.) Moreover, in order that the law of nations might be duly observed, it was provided that the judicial power of the United States should extend to all cases arising under treaties made under the authority of the United States, to all cases affecting ambassadors, other public ministers, and consuls, to controversies to which the United States should be a party and to controversies between a State or the citizens thereof and foreign States, citizens, or subjects, and that in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a State should be a party, the Supreme Court should have original jurisdiction. (Art. III, sec. 2, clauses 1 and 2.) Finally, it was declared that all treaties which had been or which should be made "under the authority of the United States," should be "the supreme law of the land," binding upon the judges in every State, in spite of any clause to the contrary in its Constitution or laws. (Art. VI, sec 2.)

The fact having thus been avowed that the new nation called the United States of America was subject to the law of nations, it was only natural and logical that the courts should proceed upon the principle that international law was a part of the law of the land, and as such to be interpreted and applied in the causes coming before them. This was a principle of the English common law. In 1764 one of the most celebrated of English judges, Lord Mansfield, quoted the opinion of a great predecessor, Lord Talbot, to the effect "that the law of nations, in its full extent, was part of the law of England," and that it was to be "collected from the practice of different nations, and the authority of writers." The writers consulted, there being then no English writer of eminence on the subject, were Grotius, Barbeyrac, Bynkershoek, Wicquefort, and other continental publicists. Lord Mansfield also recalled Lord Hardwicke both as declaring an opinion to the same effect and as "denying that Lord Chief Justice Holt ever had any doubt as to the law of nations being part of the law of England." (Triquet *v.* Bath, 3 Burrows, 1478.) Upon the strength of these authorities, an eminent judge at Philadelphia, prior to the formation of the Constitution of the United States, sustained an indictment founded on the common law for an offense against the law of nations (Respublica *v.* De-Longchamps, 1 Dallas, III). In 1793 Thomas Jefferson, the first Secretary of State of the United States, declared that "the law of nations makes an integral part * * * of the laws of the land." (Wait's American State Papers, 1, 30.) In 1815 Chief Justice Marshall, in deciding a case before the Supreme Court, declined to accept the contention that the judicial tribunals should, on the ground of retaliation, apply to Spain a rule respecting captures different from that prescribed by the law of nations. Till Congress should pass a retaliatory act, he declared that the court was "bound by the law of nations, which is a part of the law of the land." (*The Nereide*, 9 Cranch, 388, 423.) In consonance with this doctrine, the law of nations does not have to be proved to the court as a fact. (*The Scotia*, 14 Wallace, 170.)

On the authority of these official utterances, Sir Henry Maine was justified in declaring that the statesmen and jurists of the United States did not regard international law as having become binding on their country through any legislative act; that they looked upon it as an integral part of the conditions on which a State is originally received into the family of civilized nations; and that their view, being essentially the same as that entertained by the founders of the system, might be summed up by saying that the State which disclaimed

the authority of international law places itself outside the circle of civilized nations. (Maine, International Law, 37–38.)

Apart from certain special and exceptional clauses, which, as found in a few of the national constitutions, have given rise to international controversy, and the terms and effect of which will be discussed farther on, it may be unhesitatingly affirmed that the principles above set forth prevail throughout the American Republics. In the spirit of those principles, the constitution of Argentina, following substantially the terms of that of the United States, declares that "treaties with foreign powers are the supreme law of the Nation, binding upon the provincial authorities, notwithstanding any contrary provision in the provincial constitutions or laws" (Part First, Sole Chapter, Art. 31); that the Supreme Court of the Nation shall have jurisdiction of all cases involving foreign treaties or concerning ambassadors, public ministers, and consuls, and of all cases between a Province or its citizens and a foreign citizen or State; and that, in cases concerning foreign ambassadors, ministers, or consuls, or to which a Province shall be a party, the jurisdiction of the National Supreme Court shall be original and exclusive. (Part Second, Title First, Section Third, Chap. II, Arts. 100 and 101.)

The constitution of Brazil contains a significant clause, investing Congress with exclusive power to authorize the Government to declare war, "when arbitration has failed or can not take place." (Art. 34, clause 11.) This recognition of the obligatory force of international law is altogether remarkable and commendable. By the same constitution, the Federal Supreme Court has original and exclusive jurisdiction of "disputes and claims between foreign nations and the union, or between foreign nations and the States" (Art. 59). The jurisdiction of the federal judges and courts also embraces suits between foreign States and Brazilian citizens; actions instituted by foreigners, founded on contracts with the Federal Government or on conventions or treaties between the Union and other nations; questions relating to maritime law and the navigation of the ocean; and questions of international criminal or civil law.

The constitution of Colombia of 1863 expressly declared, "The law of nations forms part of the national legislation"; and although a similar clause is not found in the constitution of 1886, or in the amendments subsequently adopted, the authorities of the country are understood, in their treatment of neutrality and other questions, to have acknowledged the continuing force of the principle.

The constitution of the Dominican Republic of 1896, while investing the supreme court with jurisdiction of all civil and criminal cases against diplomatic functionaries "when permitted by the law of nations" (art. 69), explicitly provided that "the law of nations is made a part of the law of the Republic." (Art. 106.) Although this last clause is not found in the Dominican constitution of 1908, there are other provisions in which the underlying principle is clearly recognized. Thus, in language similar to that employed by the Constitution of the United States, the Congress is empowered to grant letters of marque and reprisal, to regulate matters of prize, to define acts of piracy and offenses against the law of nations, and to affix the penalties. (Dominican constitution, 1908, art. 29.) Furthermore, the government is forbidden to declare war without having previously proposed arbitration; and in order that the application of this pinciple may be assured it is provided that there shall be introduced in all international treaties made by the Republic the clause: "All differences which may arise between the contracting parties must be submitted to arbitration before an appeal is made to war." (Ibid., art. 102.)

The constitution of Honduras confers upon the supreme court jurisdiction of prize cases and cases of extradition, as well as of all other cases that are to be settled according to international law. (Art. 107, par. 5.)

By the constitution of Uruguay the high court of justice has "original jurisdiction" of "crimes or offenses against the law of nations," of "questions growing out of treaties or negotiations with foreign powers," and of "cases in which ambassadors, ministers, and other foreign diplomatic agents are concerned." (Art. 96.)

These constitutional provisions merely acknowledge, either expressly or by implication, the obligatory force of international law in matters to which it is properly applicable. The same principle has often been consecrated in judicial and administrative decisions in the American countries. It is further exemplified in the proclamations, decrees, and circulars which they have been accustomed to issue in the enforcement of their neutrality, as may be seen in the collection of neutrality proclamations and decrees printed by the United States in 1898 and in the volume lately published by the eminent and learned Chilean authority, Dr. Alejandro Alvarez, on the neutrality of his country in the present European war.[1]

In this relation I may mention a case, somewhat exceptional in its circumstances, of which erroneous versions have sometimes been given. I refer to the case of José Dolores Gamez in Nicaragua. Señor Gamez, a political refugee from that country, took passage early in 1885 on the Pacific mail steamer *Honduras* at San José, Guatemala, for Punta Arenas, in Costa Rica. When the steamer, in the regular course of her voyage between those ports, arrived at San Juan del Sur, in Nicaragua, the comandante of the port requested her commander, Capt. McCrae, to deliver Gamez up, and on his refusal to do so declined to give him a clearance. Capt. McCrae then sailed away without proper papers, and for this act was charged, before the criminal court of first instance at Rivas, under article 177 of the Nicaraguan Penal Code, with the offense of "want of respect for the authorities," in having openly resisted or disobeyed them. Sentence was rendered on February 9, 1885. The court held (1) that the "open resistance or disobedience" to authority, which was essential to the crime in question, was not "clearly shown," because, while it was true that Capt. McCrae did not comply with the command of the comandante, it was also true that the obligation to do so "did not exist," or at least was "doubtful," and still more so in the form in which the demand was made, since, although the ship was a merchant vessel and therefore, "according to the general principles of international law," subject to the local jurisdiction, this subjection, "according to those same principles," was not absolute; (2) that the fact that Señor Gamez took passage on the steamer "from one of the ports of the other Republics of Central America" rendered the obligation to deliver him up "still more doubtful," because, said the court, "when certain cases have arisen analogous to the one under consideration among nations more civilized than our own it has been alleged, as a reason to justify the delivery, that both the embarking of the passenger, as well as his delivery, must be made in national waters"; (3) that Señor Gamez, as appeared by the papers, was accused, not of common crimes, but of political offenses under a decree of September 9, 1884, and that it was "a doctrine universally accepted in the works of writers on international law" that, although merchant vessels were subject to the local jurisdiction as regarded persons accused of common crimes, they were "exempt from the jurisdiction" as regards persons accused of political offenses, all of which relieved the captain from the obligation of making the delivery demanded of him. In support of these views the court cited Bello, Principios de Derecho Internacional (Paris, 1882, Cap. IV, No. 8, pp. 72–73), and Calvo, Derecho Internacional (Paris, 1868, pt. 1, Cap. V, sec. 200, pp. 316–317). It was

[1] La Grande Guerre Europeenne et la Neutralité du Chile, Paris, A. Pedone, 1915.

accordingly adjudged that the charge of disrespect was not established; and this sentence was affirmed by the supreme court at Granada in 1892 without an additional statement of reasons. The case is interesting as showing how national legislation was interpreted and enforced in the light of what was understood by the court to be the rule of international law.[1]

A question much discussed in the American countries is that of the nature and limits of diplomatic intervention, particularly in behalf of private aliens. This question has been discussed chiefly with reference to the attitude of individual Governments toward the employment by the alien's Government of the diplomatic processes recognized by international law.[2]

In a few instances express provisions on the subject are found. In the national constitution of Guatemala it is provided that "foreigners shall not resort to diplomatic action except in case of a denial of justice," and that "final decisions adverse to the claimant shall not be understood as denials of justice." Substantially the same rule is found in the constitution of Honduras, which provides (art. 15) that "foreigners shall not resort to diplomatic intervention except in case of manifest denial of justice, abnormal delays, or self-evident violation of the principles of international law," and that "the fact that a final decision is not favorable to the claimant shall not be construed as a denial of justice." Likewise, the constitution of Nicaragua declares that "foreigners shall not resort to diplomatic interposition." Except that the constitutions of Honduras and Nicaragua impose as a penalty for any violation of the inhibition the loss of the right to reside in the country, these provisions may be regarded as declaratory of an established principle of international law.

The subject of diplomatic intervention in behalf of private aliens was discussed in connection with the phrase "denial of justice," at the Third International American Conference at Rio de Janeiro in 1906, on the occasion of the renewal of the treaty concluded at the Second International American Conference at Mexico in 1902, for the arbitration of pecuniary claims. This treaty required the high contracting parties to submit to arbitration "all claims for pecuniary loss or damage," presented by their respective citizens, which could not be "amicably adjusted through diplomatic channels," when the claims were important enough to justify the expense. In the report adopted at Rio de Janeiro, on the renewal of this treaty, it was assumed that the cases intended to be covered were those in which diplomatic intervention was justified, it being the sovereign right of each independent power to regulate by its laws and to judge by its tribunals the juridical acts consummated in its territory, "except in cases where, for special reasons, of which the law of nations takes account, the question is converted into one of an international character." This thought was most admirably elucidated by one of the delegates of Brazil, Dr. Gastao da Cunha, who, after expressing his concurrence in the view above stated, remarked that the phrase "denial of justice" should, subject to the above qualification, receive the most liberal construction, so as to embrace all cases where a State should fail to furnish the guaranties which it ought to assure to all individual rights. The failure of guaranties did not, he declared, "arise solely from the judicial acts of a State. It results," he continued, "also from the act or omission of *other* public authorities, legislative and administrative. When a State legislates

---

[1] A fuller statement of the case may be found in Moore's Digest of International Law, II, 868–870.

[2] See, generally, Borchard's Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or the Law of International Claims, and, particularly, Chapter VII, pp. 836–860, on "Limitations Arising out of Municipal Legislation of the Defendant State."

in disregard of rights, or when, although they are recognized in its legislation, the administrative or judicial authorities fail to make them effective, in either of these cases the international responsibility of the State arises. In all those cases, inasmuch as it is understood that the laws and the authorities do not assure to the foreigner the necessary protection, there arises contempt for the human personality and disrespect for the sovereign personality of the other state, and, in consequence, a violation of duty of an international character, all of which constitutes for nations a denial of justice."

At the Fourth International American Conference, at Buenos Aires, it was proposed in committee to supplement the treaty of Mexico, not only with an unexceptionable provision obligating the arbitral tribunal to decide in accordance with the principles of international law, but also with a stipulation that, if a question should arise between the high contracting parties as to whether a case covered by international law and justifying diplomatic intervention had arisen, this difference should be submitted to the arbitral tribunal as a "previous" or preliminary question, the solution of which might or might not authorize the tribunal to take cognizance of the merits of the case. In support of this proposal, a passage was quoted from an official note of the Argentine plenipotentiaries to the representative of the Italian Government, as to the interpretation of the Argentine-Italian treaty of arbitration. This passage, by which it was declared that a foreign state was not obliged to accept the judgment of the local tribunals if it believed that they were not competent, or if they had decided contrary to the principles of international law, but that, as between civilized states, the territorial judges should be presumed to act justly, at least to the extent that diplomatic action should not be initiated till they had rendered their sentence, and then only when the sentence was contrary to international law, may be treated as a statement of a general principle. But it did not seem completely to support the proposal that the question of the right or propriety of diplomatic intervention might, if raised, be treated as a preliminary question to be determined apart from the merits of the case. One of the members of the committee, therefore, took the ground that it was not practicable to lay down in advance precise and unyielding formulas by which the question of a denial of justice might in every instance be determined, or to treat it as a preliminary question which might be decided apart from the merits of the case; that, in the multitude of cases that had, during the preceding 120 years, been disposed of by international arbitration, the question of a denial of justice had arisen in many and in various forms that could not have been foreseen; that human intelligence could not forecast the forms in which it might arise again, but that in the future, as in the past, it would be disposed of by the amicable methods of diplomacy and arbitration, and in a spirit of mutual respect and conciliation. The other members of the committee declared that they accepted these declarations, since they considered that they were in no way inconsistent with what had been set forth in the report.

The question of the liability of a government for the acts of insurgents has often been treated as presenting a special phase of the right of diplomatic intervention under international law. Calvo, the great protagonist of the limitation of the right of intervention in such cases, declared that, to admit the principle of responsibility and indemnity "would be to create an exorbitant and pernicious privilege, essentially favorable to strong states and injurious to feebler nations, and to establish an unjustifiable inequality between nationals and foreigners." (Droit Int., III, p. 1280.)

Clauses designed to give effect to this view may be found in the constitution of Guatemala, which provides (art. 14) that "neither Guatemalans nor

foreigners shall in any case have the power to claim from the Government indemnification for damages arising out of injuries done to their persons or property by revolutionists"; in the constitution of Haiti, which provides (art. 185) that no Haitian or foreigner shall be entitled to claim indemnity for "losses sustained by virtue of civil and political trouble," but that the injured party shall have the right to seek reparation by prosecuting the authors of the wrongs in the courts; in the constitution of Salvador, which contains a clause (art. 46) to the same effect, coupled, however, with the singular provision (art. 68, par. 29) that no treaty or convention shall be made "which in any way restricts or affects the exercise of the right of insurrection"; and in the constitution of Venezuela, which declares (art. 17) that no indemnity shall be claimed by any one for losses "not caused by lawful authorities acting in their public capacity," and forbids (art. 18) any treaty to the contrary to be made.

The principle enunciated by Calvo was accepted by Wharton, in his Digest of International Law (II, 576, p. 223), to the extent of declaring that "a sovereign is not ordinarily responsible to alien residents for injuries they receive on his territory * * * from insurgents whom he could not control"; and from this source it has passed, to the extent indicated, into various subsequent utterances of the Department of State of the United States. To the same extent it was adopted by the late Spanish Treaty Claims Commission, at Washington, which, moreover, took "judicial notice" of the fact that the Cuban insurrection of 1895 at once passed beyond the general control of the Spanish authorities, and therefore required claimants, in order to obtain an award, affirmatively to show that those authorities had in the particular instance the power actually to prevent the wrong, but refused or failed to exercise it. Beyond this, the assertion of exemption from liability has not been sanctioned, and probably would not be permitted in any case to be maintained.

There yet remains to be considered an effort that has been made to guard against diplomatic interposition in respect of claims growing out of alleged breaches of contract. In the constitution of Ecuador of 1897 it was provided (art. 38) that every contract of an alien with the Government or with a private Ecuadorean "shall carry with it implicitly the condition that all diplomatic claims are thereby waived"; but, by the subsequent amendatory act of June 13 of the same year, it was declared that this "shall not cover cases in which the enforcement of judicial decisions or of arbitral awards in favor of foreign contractors has been refused," the parties injured thereby having "the right to resort to diplomatic intervention, according to the principles of public law." By this amendment the attempted safeguard was materially modified; but the provisions of the act of June 13, 1897, are not included in the Ecuadorean constitution of 1906, which renews (art. 23) the terms of article 38 of the constitution of 1897.

It is chiefly in Venezuela, however, that the question has been put to a practical test. The successive constitutions of the country have made ample acknowledgement of the obligatory force of international law. By the constitution of 1904 the supreme federal court was invested with power to take cognizance of "civil or criminal prosecutions against diplomatic agents, in the cases allowed by the public law of nations," as well as to hear and determine prize cases. (Art. 95, pars. 3 and 7.) The constitution further provided that in all international treaties a clause should be inserted to the effect that "all differences between the contracting parties shall be decided by arbitration without appeal to war." (Art. 120.) The constitution also contained the explicit declaration that "the law of nations forms part of the

laws of the country," but this was qualified by the further declaration that the provisions of the laws of nations "shall not be invoked when they are opposed to the constitution and the laws of the republic." (Art. 125.)

Interpreted in one sense, this qualification might be regarded as a denial of the obligatory force of international law, and as having been intended to assert the position that a country can fix the measure of its international obligations, not only by its constitution, but also by the laws which its legislature may from time to time prescribe. I am not, however, inclined to give to the qualification this sweeping interpretation which, if admitted, would destroy the foundations of international law. I am, on the contrary, disposed to interpret it in the following senses:

1. Although it may not be so in all countries, yet it is no doubt the case in many countries, including the United States, that an act of the supreme legislative power violative of the law of nations will be enforced by the public authorities, judicial and administrative, the foreign government being left to assert its rights through the diplomatic channel. In this respect the clause of the Venezuelan constitution is not exceptional.

2. Apart from what is set forth in the preceding paragraph, it is probable that the clause in question was intended to give a special sanction, among other things, to article 124, which declared that no contract of public interest entered into by the Federal Government or by any public authority should be assignable to any foreign government, and that in all contracts there should be included, and if omitted, should be considered as included, the following clause: "The doubts and controversies of any nature that may arise in regard to this contract, and which can not be amicably settled by the contracting parties, shall be decided by the competent tribunals of Venezuela, according to the Venezuelan laws, and shall not in any case be made a subject of international claims."

Provisions similar to those just quoted are included in the Venezuelan constitution of April 19, 1914, except article 125, supra.[1]

Clauses such as this, when actually embodied in contracts, have on several occasions been discussed by international commissions, with results not entirely harmonious. In some cases they have been regarded merely as devices to curtail or exclude the right of diplomatic intervention, and as such have been pronounced invalid. In other cases they have been treated as effective, to the extent of making the attempt to obtain redress by local remedies absolutely prerequisite to the resort to international action. Only in one or two doubtful instances does the view seem to have been entertained that they should be permitted to exclude diplomatic interposition altogether.[2]

On the whole, the principle has been well maintained that the limits of diplomatic action are to be finally determined, not by local regulations, but by the generally accepted rules of international law.

The CHAIRMAN. I have now great pleasure in introducing to you Mr. George G. Wilson, professor of international law in Harvard University, who will address us upon the same subject.

---

[1] Art. 95, pars. 8 and 7, of the constitution of 1904, become art. 98, pars. 8 and 7, of the constitution of 1914; art. 124 of the constitution of 1904 is art. 121 of the constitution of 1914. For art. 120 of the constitution of 1904, supra, there is substituted, with the same number, in the constitution of 1914, the following: "In international treaties there shall be inserted the clause that 'All differences between the contracting parties, relative to the interpretation or execution of this treaty, shall be decided by arbitration.'"

[2] Moore, Digest of International Law, VI, 801–808.

THE RELATION OF INTERNATIONAL LAW TO NATIONAL LAW IN AMERICAN STATES.

By GEORGE GRAFTON WILSON,

Professor of International Law in Harvard University.

International law presupposes the existence of States. In the early days the idea of a State was somewhat vague and often varied. The modern idea of a State as a sovereign political unity carries with it certain presumptions which were not admitted in Europe till after the peace of Westphalia in 1648.

It was but natural that the proximity and consequent intercourse of States upon the European Continent should make necessary a system of reasonable action in their mutual relations. In its beginnings international law looked to this system of conduct for its principles. The States following this common system gradually formed a circle or family of nations assuming that others, if admitted to the family, should accept the system adopted by the family. The standards adopted by the family of nations, though not clearly established at the beginning, gradually became well defined. The standards were naturally European because determined by European conditions and thought. The family was for a time spoken of as the family of Christian nations, but this test was set aside and the political basis became the ground of admittance to the international circle.

When the plan of the family of nations was developing, one of the prime objects was the maintenance of the balance of power in Europe. The Treaty of Utrecht in 1713 is a little broader in extending its aims to the establishment of peace and tranquility in Christendom through a just equilibrium of powers. European congresses were frequently held for this purpose. The disturbance of the status quo came in Europe to be regarded as a violation of international law. The status quo had been established after many and long struggles. The status quo seemed to have historically justifiable foundations, such as the grant of privileges by kings or emperors, the union of crowns by marriage or inheritance or by acts of those who had the right to rule. Revolution would therefore be regarded as one of the most doubtful foundations upon which a claim to membership in the family of nations could be based.

The recognition of the United States as equal, by France in the treaty of 1778 was therefore a recognition of a political unity based upon revolution as well as the recognition of a State outside of the geographical area of Europe. This precedent, set by France and soon followed by other European States, gave to the right of revolution a sanction which later some of these States would gladly have recalled, as Metternich thought when he described political revolution as something which should be suppressed by common measures and should "be treated as hostile to all lawful constitutions and governments." Revolution, however, became the source of the right to existence among American States, forming a marked contrast to the accepted doctrines of the European family of nations. Thus the basis of national law was for America in the recognition of the right of revolution, for revolution is at the beginning of nearly all the American States.

In America, not merely was the basis of the right of the State to be recognized by international law different from the generally accepted European doctrines, but the residence of political power was different. The concept of the "paramount authority of the public will" had already been set forth in doctrinaire treatises, but its practical embodiment in a political unity was not thought reasonable. Metternich characterized "the idea of emancipation of the

peoples as absurd in itself," his doctrine being accepted by the rulers, to the effect that good government could come only from those who were by birth divinely appointed to rule. He did not regard masses as dangerous, but considered the middle class desiring political privileges as seized with a sort of "moral gangrene." Voltaire's idea was altogether different, and had influence certainly in France when he described society as like a keg of beer—"froth at the top, dregs at the bottom, and wholesome in the middle." Metternich, dominating European international opinions so generally in the early half of the nineteenth century, could not even conceive of a lawful state organized by men who had as "their war cry, 'constitution'"; and he says, "We are not alone in questioning if society can exist with liberty of the press, a scourge unknown to the world before the latter half of the seventeenth century and restrained until the eighteenth." Such an attitude is in strong contrast to the constitutional provisions which were being inserted in the fundamenal laws of American States in the years of Metternich's power in Europe. In the American constitutions freedom of speech and freedom of the press were inserted as basic principles.

The accepted and long-recognized European claim of the right of intervention was denied by the American States. Meantime some of the rulers of Europe, denying the "paramount authority of the public will" and upholding "benevolent despotism," maintained that, entrusted by divine power and "placed beyond the passions which agitate society," they should "not abandon the people whom they ought to govern to the sport of factions, to error and its consequences, which must involve the loss of society." The American position, clearly and at times forcibly expressed, has been in general that there is in international law no right of intervention, but that there is the obligation of nonintervention—a position widely separating for a time the European and American theories.

The American Continent, with its vast resources and area open to occupation and cultivation, afforded a tempting field for emigration. This movement of population to the American Continent was favored while the area was European colonial territory. After the colonies broke off from the mother countries the stream continued. The vigorous young life of the old countries was departing. This was welcomed in the new world across the sea. Doctrines of naturalization were developed and a theory of expatriation, entirely contrary to that of many European States, received support in America. The common European doctrine that allegiance was indelible and that the children followed the nationality of the parents, the *jus sanguinis*, was denied in some American States, leading to long conflicts, which in the latter part of the nineteenth century were solved by a general recognition in international relations of the right of expatriation.

Not merely in these broader aspects of international law has the New World reacted upon the old, but in many more special lines the national attitude toward law and justice has found response in approval by international conventions, congresses, practice, and law. Some examples of this may serve to illustrate many. Thus in the broader aspects of international law, particularly relating to the acquisition and exercise of territorial jurisdiction, American States, because of their development to some extent in an area not previously politically organized, made clear the law in regard to national title by occupation. Of this, Chief Justice Marshall speaks for the American Continent when he says in Johnson *v.* McIntosh in 1828:

> The potentates of the Old World found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the new by bestowing on them civilization and Christianity in exchange for unlimited independence.

But as they were nearly all in pursuit of the same object, it was necessary in order to avoid conflicting settlements and consequent war with each other to establish a principle which all should acknowledge as the law by which the rights of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was that discovery gave title to the government by whose subjects or by whose authority it was made against all other European Governments, which title might be consummated by possession. The exclusion of all other Europeans necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives and establishing settlements upon it.

This same principle was recognized in regard to islands off Peru and islands off Venezuela when these were beyond the three-mile limit. Other and numerous controversies in regard to boundaries have arisen among the American States. Doctrines of prescription, of occupation, of accretion and other principles relating to territorial rights have been given general recognition.

As to the coast waters, there has been a tendency to accept the three-mile limit and to recognize the freedom of the seas and the right of innocent navigation. The Argentine Republic and Chile in 1881, by the treaty of July 23, agreed that "Magellan's Straits are neutralized forever and free navigation is guaranteed to the flags of all nations. To insure this liberty and neutrality no fortifications or military defences shall be created that could interfere with this object."

Free navigation of rivers in American States has likewise been generally granted. Occasionally this has been limited to States having territory on a river. The treaty between the Argentine Republic and the United States of America in 1853 granted reciprocal freedom of river navigation. The South American States negotiated many of these treaties among themselves.

In these new lands another question, early requiring consideration and remaining to the present time, is that of boundary lines. The uncertainty as to limits of territory was but natural. Surveys, if made at all, were usually hasty and inaccurate or indefinite. Friction among these young and growing States on account of growth was inevitable. Here ancient grants and modern claims often clashed, but these boundary disputes have usually been settled by application of equitable principles rather than by resort to war. The principle of uti possidetis was frequently recognized, but whatever the principle of decision, the resort to arbitration became common and this form of settlement of disputes among American States grew in strength and favor. When the long and heated controversy over the Brazilian-Argentine boundary line was, by the arbitral award of President Cleveland of the United States, settled in 1895 in a manner favorable to the contention of Brazil, the attitude of the Argentine Republic became not that of a defeated suitor, but that of a friend of its late opponent, rejoicing in the settlement of the difference and the removal of a cause of friction. Scarcely could the American ideal be more strikingly expressed than in the reply of the Argentine minister to the Brazilian secretary of state for foreign affairs, when in behalf of the Argentine Republic, even when Argentine's claim had not been maintained, he said: "I regard the question under arbitration which has just been decided as a triumph of both our nations, which equally strong, patriotic, and virile, have sought on the ground of right and justice a noble solution of controversies which can never be definitely settled by the transitory and ephemeral right of force."

Not merely were territorial rights developed and an accepted international practice in regard to title to land recognized, but the rights of nationals in American States were guarded. The bills of rights in many American constitutions contained declarations similar to the following:

The rights of man are the basis of and object of social institutions. Consequently this State declares that all the laws and all the authorities of this country must respect and maintain the guaranties which the present constitution establishes.

The constitutional and legal guaranties of nationals were necessarily maintained in international relations and in the treaties, particularly between American States. These treaties often secured the rights of the nationals of one State when within the jurisdiction of another. The rights of man as such assumed a much more important place than formerly in international agreements. One of the earliest of these treaties, negotiated between the United States of America and the Republic of Colombia in 1824, provides for the freedom of citizens of each within the territory of the other, not only in navigation and commerce but also in matters of the exercise of judicial rights, and further in Article XI:

It is likewise agreed that the most perfect and entire security of conscience shall be enjoyed by the citizens of both the contracting parties in the countries subject to the jurisdiction of the one and the other, without their being liable to be disturbed or molested on account of their religious belief, so long as they respect the laws and established usage of the country.

This was repeated in other treaties of this period, emphasizing one of the principles for which American civilization has often stood. Other rights of man as such were protected in international agreements as in domestic law. The bill of rights often embodied in the constitution gave to the national security and freedom within his own State, and this became general for the American States through most favored nation clauses and reciprocal agreements. This right of man to protection and freedom was recognized in America as inherent in man himself, and not, as in many European States, derived by a grant from some authority above.

As political freedom was one of the corner stones of the idea of American State policy, this principle was protected in national laws and received conventional sanction in international agreements. Naturally this protection for political freedom was guaranteed in extradition treaties by limitation upon the list of extraditable crimes in such manner as to exclude extradition of political offenders as criminals. This was often but a carrying of the national laws or national constitution into international agreements, as in the case of the Mexican treaties of extradition—treaties which conform to the article of the Mexican constitution which provides: "Treaties shall never be made for the extradition of political offenders." (Art. 15.)

Not merely have the American States stood for the right of man to political freedom but for his right to freedom of conscience and expression, even in speech and press, in order that the spirit of man may not be repressed or compelled to conform itself to standards externally imposed. What this contribution to the development of the human race may mean, when embodied in world practice, it is difficult to foretell.

It is true that the national law of American States embodied many principles that were regarded as visionary and idealistic, as was shown in the opinions of Metternich and others of his period, yet these States have had the courage and wisdom to maintain these principles, till now they meet with growing recognition in the world. The American States have not been afraid to test the principles of arbitration and judicial methods of settling disputes among themselves. Two American republics were the first parties to appear before the Hague tribunal to test the merits of the newly established international court of arbitration and to demonstrate its right to claim a place as one of the greatest institutions for the furthering of international justice.

The American nations have proven their ideals workable in the international relations of the States upon the Western Continent, and perhaps, when contrasted with European practice, in no manner more strikingly than in the protection of national territorial limits. Along thousands of miles of frontier in all the Americas not massive fortifications and armed forces, but simply boundary posts, supported by the confidence in the supremacy of national and international law, have been the most effective safeguards of the rights of jurisdiction and of peaceful possession.

As was said by Secretary of State Root at the University of San Marcos, Lima, September 14, 1906:

> All international law and international justice depend upon national law and national justice. No assemblage of nations can be expected to establish and maintain any higher standard as between each other than that which each maintains within its own borders. Just as the standard of justice and civilization in a community depends upon the individual character of the elements of the community, so the standard of justice among nations depends upon the standard established in each individual nation.

Thus in American States law, proceeding from and resting upon the fundamental rights of the nationals under its jurisdiction, has in the national sphere been formulated to meet the needs of all. That such principles should be recognized in international law is but natural, since the broad principles of equity and fair dealing must be even more pervasive in the sphere of international relations. That these principles are to have more weight in international affairs is evident when the growing participation of American States in the councils of nations is considered. At the first international conference at The Hague in 1899, of the 26 powers whose plenipotentiaries assembled, two only were American and four others non-European; and even then the voice of America was heeded, as it stood for the reign of law. At the second international conference at The Hague in 1907, of the 44 powers whose plenipotentiaries assembled, 18 were American ond 4 others were non-European. That American ideals must receive consideration in these conferences of nations requires, then, no theoretical demonstration. These American ideals of justice and of the rights of man have passed from the national laws into international agreements and practice, though up to the present time often without any purposeful and cooperating effort upon the part of American States. The American principles of right and justice have been tested and found good for the development of mankind and the maintenance of peace, both in national and international life. In the twentieth century the American nations have been admitted to full participation in the councils of the world where international law is formulated. The dreams of the founders of these States have been realized, yet now the prospect of the greater triumph of the fundamental principles of the national law of American States in the sphere of international relations is a vision possible of realization through the intelligent cooperation of the American nations working unselfishly for the international ideal, the well-being of mankind.

The CHAIRMAN. I have the pleasure now of presenting to you Dr. Norman Dwight Harris, professor of diplomacy and international law in Northwestern University, who will address us upon the subject of "The duties and obligations of neutral governments, parties to The Hague conventions, in case of actual or threatened violations by belligerents of the stipulations of the said conventions."

THE DUTIES AND OBLIGATIONS OF NEUTRAL GOVERNMENTS, PARTIES TO THE HAGUE CONVENTIONS, IN CASE OF ACTUAL OR THREATENED VIOLATIONS BY BELLIGERENTS OF THE STIPULATIONS OF THE SAID CONVENTIONS.

By NORMAN DWIGHT HARRIS,

Professor of Diplomacy and International Law in Northwestern University.

The present great European conflict has drawn in a striking manner the attention of all students of international law, and of all thinking men to the so-called laws of neutrality. Not only has a sort of cynical skepticism arisen in certain quarters as to the real value of such laws; but it has also become apparent to the careful observer that the existing rules governing the relations between neutrals and belligerents have proved woefully inadequate to meet the conditions created by the present unprecedented international situation. If all the belligerents and neutrals had honestly tried to live up to the obligations imposed upon them by the laws of neutrality, the existing rules even then would not have sufficed to enable the European States to meet all the demands of the present emergency in an equitable manner. Important changes in the methods of modern warfare alone have been sufficient to render desirable the modification of a number of rules heretofore deemed wise and useful. But the deliberate and, in some cases, unjustifiable violations of generally accepted principles by certain belligerents have made the situation much worse. And the tragic fate of Belgium, the pressure put on certain of the smaller powers to induce them to join the belligerents or to permit infractions of their neutrality, and the enormous expense and heavy burden imposed upon those neutral countries whose territories unfortunately border upon the theater of the war, to prevent the invasion or misuse of their possessions, have laid upon an ill-defined neutrality code a burden much too heavy for it to bear, and one that it really was not intended to carry.

To discuss this topic intelligently, we must, then, summarize briefly what are the duties and obligations of neutrals and of belligerents, draw attention to the chief inadequacies of these rules as applied to modern conditions, and suggest, if we can, some method by which these rules may be amended to meet the new situation, to secure protection for neutrals, and to compel obedience by belligerents.

The duties and obligations of neutral States may be embraced in "three classes involving, respectively, abstention, prevention, and acquiescence," as Professor Thomas E. Holland[1] has so succinctly put it. The present paper is confined in its discussion to the last two divisions: The preventing of belligerents from violating neutral territory or waters, and the acquiescence of neutral States in any act of a belligerent that would violate the laws of neutrality. The efforts of neutral Governments to carry out these obligations have been rendered doubly difficult by two things—the lack of carefully defined regulations governing the action of neutrals and the defiant position assumed by the military authorities of belligerent States. The public action of neutral Governments has unfortunately never been as distinctly elaborated in any form as the duties of the citizens or subjects of neutral States have been. This has been due chiefly to certain inherent though not unsurmountable difficulties, and to the natural desire of States not to see any restraint placed upon their power of independent action, nor to have the field of their political activities limited.[2]

---

[1] "Neutral Duties in a Maritime War," Proceedings of the British Academy, II, 2.

[2] John Westlake, International Law, pt. II, p. 204.

On the other side, belligerent States have hesitated to place any serious limitations upon the movements of their military forces. The true instructions of a belligerent State to its generals are always, as Professor Westlake so accurately describes them,[1] "Succeed—by war according to its laws, if you can; but, at all events and in any way, succeed."

Another curious but important impediment has stood in the way, both of the clear interpretation of the laws of neutrality, and of their enforcement. This is the complete failure of international conventions and of most writers on international law to define satisfactorily the duties of belligerents toward neutrals. It is impossible to draft a complete and workable code of neutrality and to ignore the correlative obligations of belligerents.

Convention V of The Hague conference of 1907 is devoted to articles "respecting the rights and duties of neutral powers"; and most writers on international law (even so careful an author as Westlake) discuss the "laws of neutrality" under the topic: "Rights and obligations of neutral States," with little or no reference to the duties and obligations of belligerents. Wherever the latter are mentioned, it usually is a repetition of the former rules, or a negative statement of a command to neutrals.

During the last 50 to 60 years the laws of neutrality have been elaborated along certain fundamental lines through the efforts of a number of leading States, chief among which has been the United States; but they have dealt very largely with the duties of neutrals; and, through the adoption of these rules, neutral States secured a recognition of their rights and a regular standing in international law. The work of the Second Hague Conference was devoted, in large part, to the elaboration of the laws of neutrality in connection with the law of war on land and of naval warfare. Among the leading principles accepted at this conference and approved by practically all the States are the following:

1. "The territory of neutral powers is inviolate."[2]

2. Troops or convoys of either munitions of war or supplies can not be moved across neutral territory by belligerents.[2]

3. Neutral territory must not be used as a base for wireless stations, prize courts, recruiting offices, supplies, or for military or naval operations by any belligerent power.[2] [3]

4. Warships must not be built, equipped, or manned in neutral ports or waters for belligerents.[3]

5. Neutral States must preserve a strictly impartial attitude toward all belligerents, and their Governments officially give no aid, supplies, money, or loans to either side.[2] [3]

A careful distinction is made, however, between the rules governing the action of belligerents on sea and those on land. The use of neutral land by belligerents is strictly forbidden; but innocent passage through the territorial waters of neutral States is permissible, particularly where the water in question is a strait or channel connecting two portions of the open sea. Belligerent ships may take refuge under stress of weather, or obtain coal and supplies sufficient to reach the next port, in neutral waters; but they must not use the same as a base of operations or a place in which to lay in wait for or to attack the enemy. Neutrals, however, may regulate the use of their own

[1] John Westlake, International Law, pt. II, p. 117.

[2] Convention V, Rights and Duties of Neutral Powers in War on Land, arts. 1, 2, 3, 4, and 11.

[3] Convention V, Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War, arts. 4, 5, 6, 8, and 9.

territorial waters[1] and are held responsible for the infractions of their waters and neutrality. Neutrals may exclude belligerents from their territorial waters if it is apparent that the passage of belligerent forces through those waters will jeopardize their neutrality. Ships or military forces that violate neutral waters or territory must be interned till the end of the war. If a belligerent attacks the ships of another within the territorial waters of a neutral, or an act harmful to another State occurs on neutral territory, it is incumbent on that neutral to take prompt steps to prevent such violations and to demand the proper apologies and indemnities in case the violations actually take place.

In these and in all cases where the inviolability of neutral territory and the position of neutral States and their citizens are threatened, the burden of preventing infractions of neutral laws is laid upon the neutral powers. If they take every reasonable precaution and make an honest effort with all the means at their disposal to prevent violations of their neutrality, they can not be held legally responsible for acts of violence. The means that should be used by a neutral to preserve its neutrality or to prevent a misuse of its territory or territorial waters, and the extent to which it should use these means and its powers to enforce neutral rights have not yet been fully defined. As a result of the three rules of the treaty of Washington and the decision in the case of the *Alabama*, it was laid down that a neutral must exercise "due diligence." This term is obviously open to various interpretations; and the definition of the tribunal that "due diligence ought to be exercised by neutral Governments in proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their part" was never generally accepted. The Hague conference interpreted this to mean that a "neutral power is bound to exercise such surveillance as the means at its disposal allow to prevent any violation" of the rules governing neutrality agreed upon by the conference.[2] This is the present status and is as far as the States have been willing to commit themselves, for no one can reasonably expect a neutral State to do more to fulfil its neutral obligations than it is able to do with the means and powers at its disposal.

Prompt warnings and threats to withdraw from belligerents the innocent use of territorial waters are no doubt legitimate means open to neutral States. Prompt protests ought always to be the first act of a neutral whenever any infraction of its rights or territory is imminent or has taken place without warning. Every effort should be made diplomatically to induce the belligerents to respect the rights and territories of neutrals. A neutral is not obliged to protest against or punish for acts in violation of the neutrality of other neutral States, or for acts in violation of its neutrality not done on its own territory. The use of force by neutral nations to preserve their neutrality is justifiable, when all peaceful means fail. The Hague convention of 1907 was unanimous in declaring that "the fact that a neutral power resists even by force attempts to violate its neutrality can not be regarded as a hostile act."[3] This exercise of the right to employ force should, however, be used with caution, for it may react in a most undesirable way upon the user. In the case of small neutral States, they may be forced in spite of themselves into a position of belligerency. And more

[1] Compare Scott, Hague Conferences, II, 682–683.

[2] Convention V, Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War, arts. 2 and 5. Compare with interpretation in Le Deuxième Conférence de la Paix. Acts and documents, Vol. III, pp. 511–512, art. 25.

[3] Convention 5, Respecting the Rights and Duties of Neutrals on Land, ch. I, art. 10.

powerful belligerents may also be drawn into the conflict if they appeal too hastily and brusquely to forcible measures. It is probable that more can be accomplished in the direction of securing obedience to the laws of neutrality and protection for the rights of neutrals through the exercise of a consistent and firm policy by all neutral States in defense of the existing rules and by a general cooperation in the enforcement of the same. Belligerents have always been quick to note looseness or remissness on the part of neutral States and to hold them to a strict account. Huge indemnities have had to be paid, as in the case of the *Alabama* and sister ships built in England during the Civil War, for lack of care in the enforcement of neutral duties and obligations. It would appear, therefore, that sufficient emphasis has been laid upon the duties and obligations of neutrals, for these are reasonably clear, as well as the penalties for their violation or evasion. The experiences of the present war have clearly shown, however, that a good deal of work yet remains to be done in the field of defining the rights of neutrals and the obligations of belligerents.

The general obligations of belligerents are well known, and certain acts are definitely forbidden to them; but a serious situation has arisen because there is no way provided to compel belligerents to respect the rights of neutrals or obey the recognized rules of neutrality, except through the agency of the neutral State itself. A powerful State may succeed without recourse to force in having its rights respected by the belligerent nations, and in preventing any serious violations of its neutrality. A small State with little or no naval or military forces is at a great disadvantage and may be forced to bear heavy military burdens and many inconveniences in order to preserve its neutrality. It may even have to permit infractions of its waters or territory or suffer desolation and ruin at the hands of an unscrupulous but well-armed belligerent. The whole system is evidently wrong and unjust. The burden is laid upon the weak and those most likely to respect the laws, while the strong and those States who are the most tempted to break over are neither compelled to assume a serious responsibility nor restrained by adequate penalties.

One of the chief difficulties in securing the proper enforcement of neutrality laws has been the action of belligerent States in interpreting these laws in the light of their own interests or necessities, and expecting neutrals to do the same. On the 2d of August, 1914, Germany demanded of Belgium permission to march her military forces across its territory, offering to pay cash for all necessities used and for all damages.[1] And on August 4, the Imperial German authorities wrote to the Swiss Government: "The Imperial Government has taken note of that declaration [of neutrality by Switzerland] with sincere satisfaction, and feels assured that the Confederation, supported by its efficient army and the resolute will of the entire Swiss nation, will resist any violation of its neutrality." It was therefore permissible for one belligerent to violate the territory of one neutral, but not for other belligerents to do so. And it was a highly proper and commendable act for one neutral to resist with "the efficient army and the resolute will of the entire nation" any violation of its neutrality, but it was a crime for another neutral similarly threatened to do so. Such inconsistent interpretations of the law of neutrality by powerful belligerents in their own interests render extremely difficult any intelligent enforcement of established laws and place all neutrals in a very difficult and dangerous position. The situation is further complicated by the increasing tendency of belligerents to ignore the rights of neutrals in their endeavors to protect their own interests and promote their own plans and operations. The lengthy correspondence—not yet ended—of the Government of the United States with certain belligerent

[1] Belgian Gray Book.

powers during all the present war is sufficient proof of this. It has led to a confusion of principles and rendered the enforcement of the laws of neutrality very difficult.

No special guarantees or provisions for the protection of neutrals have been provided in international law other than the signatures of all governments to the Hague conventions. It was therefore deemed wise to give protection to the smaller neutrals—particularly to those whose geographical position rendered their territory liable to violation in the event of European wars—by special treaties of guarantees. And Switzerland, Belgium,[1] Luxemburg, and Norway were protected in this way. But since the now famous "scrap of paper" incident, even treaties of guarantee seem to have lost their importance. The statement that a State may violate at will its international obligations on the ground of national necessity provides no security for neutrals and is in no way admissible in international law. Nor is the lack of a moral code or the failure of a State to provide those municipal laws necessary to make possible the fulfilment of its duties and obligations as a belligerent, when war breaks out, a legitimate excuse for the nonfulfilment of those duties and for the disregard of the laws of neutrality. Self-defense for one State can never justify the destruction of an innocent by-standing neutral State. Neither do the accepted rules of international law or the dictates of justice and humanity permit belligerents to destroy with impunity the lives and properties of neutrals in order to execute some military or naval operation. And it is a strange commentary on the existing system of international law and interstate relations that, in the present conflict, belligerents have deliberately committed such breaches of the law of nations and of international ethics, while neutral States have been compelled to use all the diplomatic pressure and power at their disposal to procure from those recreant belligerents a tardy recognition that violation of recognized rules may have occurred and a promise of reparation. Moreover, it is manifestly unjust that small States should be forced to pay out $25,000,000 a year (as Switzerland is doing now) to prevent any violation of her frontier, and that their citizens should be deprived of a large portion of their trade and means of livelihood because two or more of their neighbors are drawn into an armed conflict.

It is, therefore, evident that the existing laws of neutrality are quite inadequate to provide for the conditions and emergencies of the present time and that their revision is imperatively demanded. This recodification should be one of the chief labors of the next Hague conference, and it must be done with great care so that all the essential principles are clearly stated and will apply with equal precision and force to belligerents and neutral alike. It is extremely important in this connection that some means should be devised whereby the rights and interests of neutral States may be adequately protected without the whole burden of providing such security and of enforcing the law of neutrality falling upon neutral nations. And the most vital point in any scheme for revision must be the establishment of penalties of such moment and severity as will bring home to all States the consequences of every breach of the rules of neutrality. Penalties for violations by belligerents should be in proportion to the losses and damages imposed upon neutral States by such infractions of the law. And all neutrals should be authorized to demand at once such indemnities and to cut off all diplomatic and commercial relations if need be until such time as belligerents make proper restitution or agree to submit them to the Hague tribunal for adjustment, where the amount of the indemnity is open to question.

[1] Treaties of June 26, 1831, Jan. 23, 1839, and Aug. 9, 1870.

In municipal law when any citizen commits a crime he is arrested and deprived of intercourse with the rest of his fellows until the end of his trial, and, if convicted, for a long or short period, according to his sentence. Even when let out on bail his social position remains for the moment in abeyance, while conviction is sure to deprive him of both citizenship and social standing. Is it, then, too much to ask that in the family of nations any State which deliberately commits a crime against its neighbor should be deprived of intercourse with the other members of the family until it has made reparation or been punished for its crime? Only on some such basis will it be possible to make international law effective and to secure protection for the smaller members of the international community. This may be a Utopian view and only possible of achievement when the great standing armies have been abolished and the nations of the world have signed a universal peace agreement. Yet it is a terrible outlook to think that the security, happiness, and prosperity of small States should depend solely upon the will or caprice of their greater belligerent neighbors. States may hesitate to put any hindrances or checks upon the exercise of the full sovereignty of any independent State, but the dangers of the undefined position of a neutral State in international law have been so brought into relief by the present war that the powers represented in any future Hague conference can hardly refuse to lay down carefully rules governing the duties and obligations of both neutrals and belligerents with adequate penalties for any infractions of the law.

The best world opinion is hopeful of a general disarmament as a result of the present conflict. At any rate, if the statesmen and diplomats do not favor it, the people of all lands do. If this is accomplished it will then be possible to hold another Hague conference and place international law on a sane and workable basis. And it will be possible also to secure some method of enforcement of the rules now so sadly lacking.

In any event it should be possible for neutral States through cooperation and intelligent leadership to secure some revision and elaboration of the laws of neutrality that, while preserving the rights and interests of belligerents, will give adequate protection to the territories, properties, persons, and rights of neutral States. And no agency will be more effective in bringing about this justly desired situation than the exposure of a belligerent or of a neutral State to international and commercial isolation whenever it violates any law of neutrality or rule of international law.

The CHAIRMAN. The following papers will be read by title:

Relação do direito internacional com a lei nacional nos paizes americanos, by José Linhares.

Relação entre o direito internacional e o direito nacional nos paizes americanos, by José Mendes.

RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM A LEI NACIONAL NOS PAIZES AMERICANOS.

Por JOSÉ LINHARES,

Membro associado da Sociadade Brazileira de Direito Internacional.

Antes de iniciarmos o estudo da these por nós escolhida advirtiremos que no seu desenvolvimento tivemos em vista tão somente estudal-a nos seus restrictos

termos, como está enunciada, afastando-nos, propositalmente, de quaesquer outras discussões que se podessem relacionar com ella.

Os escriptores, em geral, acceitam o principio de ser a lei pessoal a que deve regular os conflictos nas relações de ordem internacional no tocante á capacidade das pessoas. Não ha, porem, egualdade de vistas quando procuram indagar o que seja lei pessoal, si a lei do domicilio, si a lei da nacionalidade.[1]

Argumentos vigorosos e fortes objecções têm sido apresentadas pelos paladinos de ambos os lados para mostrarem a superioridade do principio que defendem sobre o outro opposto.

Savigny (System des heutigen Rechts) decide-se pelo principio domiciliar no que é seguido por B. Windescheid (Lehrbuch des Pandektenrechts), Dernburg (Pandekte), Endemann (Eeinführung), na Allemanha; por Story (Commentaries on Conflict of Laws), Wharton (A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law), e outros nos Estados Unidos, pelos escriptores inglezes; por C. Demangeat (Com. de Felix) na França; por E. Zeballos (Bulletin Arg., fcs. 1, VI, e outros) na Argentina; por Teixeira de Freitas (Esboço do Cod. Civil Braz., arts. 26 a 29), Carlos de Carvalho (Consolidação das Leis Civis, introd.), João Monteiro (Unidade do Direito no Brazil), etc.

O principio opposto, lançado por Mancini em 1851 na sua prelecção "Della nazionalità comme fonte dell diritto delle gente," tomou vulto encontrando adeptos enthusiastas na Italia, aonde a maioria dos escriptores o seguem, em diversos paizes da Europa, principalmente na Belgica e na França,[2] ainda que não o sigam na pureza de seus principios. No Brazil é elle defendido por Nabuco de Araujo (Proj. do Cod. Civ., arts. 35–38), Pimenta Bueno (Direito Int. Priv.), Andrade Figueira, que como representante do Brazil no Congresso de Montevideo, reunido em 1888–9, se recusou a assignar os tratados que reconheciam o principio domiciliar, então alli vencedor;[3] Felicio dos Santos (Proj. do Cod. Civ., arts. 18 e 19), Coelho Rodrigues (Proj. do Cod. Civ., art. 13), Clovis Bevilaqua (Proj. do Cod. Civ., Direito Int. Privado), E. Espinola (Theoria Geral do Direito Civil Brazileiro), etc.

O Codigo Civil Italiano se inspirou no principio nacionalista, assim é que no seu art. 6 se dispõe que: "Lo stato e la capacità delle persone e di rapporti di famiglia sono regolati dalle legge delle nazione a cui appartegono."

A diversidade de ponto de vista encontrada nos escriptores se reflecte nas legislações dos diversos povos, ainda que no penultimo Congresso da Haya as nações europeas acceitassem "a bandeira nacionalista, embora forçando um pouco a tendencia de algumas legislações internas."[4]

No continente americano as cousas não se passam de melhor modo, ao contrario, escriptores e legislacões pendem differentemente para um ou outro principio. Devemos, porem, advirtir que no Congresso de Montevideo, reunido em 1888–9, o principio domiciliar foi vencedor, tendo, dentre as nações alli representadas, apenas delle discordado o Brazil e o Chile, acceitando-o a Argentina, a Bolivia, o Peru, e a Republica Oriental do Uruguay.[5]

O principio do domicilio é seguido pelo Codigo da Argentina, cujo artigo 6 preceitua que "la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero."

---

[1] Asser e Rivier, Derecho Int. Priv., trad. de J. F. Prada; Clovis Bevilaqua, Direito Int. Priv.; E. Espinola, Theoria Geral do Dir. Civ. Brazileiro.

[2] Laurent, Droit civil international; Vareilles Somières, Synthèse de Droit Int.; Surville et Arthuis, Cours élémentaire de Droit Int.; Weiss, Manuel de Droit Int. Privé.

[3] Actas de las sesiones del Congreso Sudamericano, 1889.

[4] Clovis Bevilaqua, Direito Int. Priv., p. 154.

[5] Cit. atas do Cong. de Montevideo.

O artigo 7 de mesmo codigo é assim redigido: "La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en la República."

O Paraguay adoptou o Codigo Civil Argentino como lei sua.

O direito norte-americano segue o principio domiciliar.[1]

O Codigo Chileno adopta a combinação dos dois principios (arts. 14-15) no que é seguido pelo da Columbia (arts. 18-19), e pelo do Uruguay (arts. 3-4). O Codigo Chileno dispõe que:

ART. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros.

ART. 15. A las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero: 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile; 2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

O Codigo Civil da Republica de El Salvador tem disposições identicas as do Codigo Chileno (arts. 14 e 15):

O Codigo Civil Mexicano dispõe somente quanto a mexicanos, ainda que residentes no extrangeiro, e establece que no que diz respeito á capacidade o codigo se applica aos mesmos.

O Codigo Civil Venezuelano consagra o principio de que as leis relativas á capacidade seguem o venezuelano aonde elle se encontre. No Brazil comquanto a legislação até aqui não represente um conjuncto de principios systhematisados, contudo varias leis e a jurisprudencia constante[2] consagram o principio nacionalista. O decreto No. 737 de 25 de novembro de 1850 no seu artigo 3 paragrapho 1°, determina que "as leis e usos commerciaes dos paizes extrangeiros regulam as questões sobre o estado e a edade dos extrangeiros residentes no Brazil, quanto á capacidade para contractar, não sendo os mesmos negociantes matriculados."

Não se justifica a restricção imposta pelo citado regulamento aos negociantes matriculados, dahi "os consolidadores das leis patrias considerando inuteis as extranhas palavras de regulamento commercial, attribuirem-nas a defeito de redacção."[3]

No decreto No. 855 de 8 de novembro de 1851 se reconhece o principio nacionalista como verdadeiro para se determinar a ordem de successão e a validade dos testamentos dos extrangeiros com domicilio no Brazil.

O Codigo Civil Brazileiro, já approvado pelas duas casas do Congresso e dependente de ser sanccionado, consagra o principio nacionalista (arts. 8 e 9).

Pela succinta exposição que fizemos das principaes legislações americanas a respeito do assumpto verificamos que os principios domiciliar e nacionalista são applicados indifferentemente. Seria, não obstante, de toda vantagem que houvesse unidade de vistas, dadas as correntes agora iniciadas de entrelaçamentos, na applicação de um dos principios para determinar a capacidade das pessoas nacionaes ou extrangeiras, residentes ou não, nos paizes americanos. Não somos d'aquelles que acreditam com facilidade na uniformisação das leis no continente americano, comtudo só por meio de successivos con-

[1] Wharton, Treaties on Conflict of Laws or Priv. Int. Law.

[2] Jurisprudencia do Sup. Trib. Federal, Accs, No. 57 de 18 de desembro de 1895; No. 202 de 2 de setembro de 1899 e muitos outros.

[3] E. Espinola, Theoria Geral de Dir. Civ., p. 206; Vide trad. de Freitas, Cons. das Leis Civ., art. 408.

gressos ou conferencias, aonde sahisse definitivamente vencedor qualquer dos principios é que poderia haver uma tentativa por parte dos governos para realisação deste ideal. A junta de jurisconsultos, creada em virtude de convenção assignada na Terceira Conferencia Pan-Americana do Rio de Janeiro, e encarregada da Codificação do Direito Internacional, tem, a nosso ver, este escolho que será difficilmente demovido.

RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO NACIONAL NOS PAIZES AMERICANOS.

Por JOSÉ MENDES,

Professor de Direito Internacional na Faculdade de Dereito de São Paulo, Brasil.

Os phenomenos sociaes mantêm entre si relações intimas. Penetram-se mutuamente. Constitúem um todo de elementos interdependentes, que so modificam e se influem reciprocamente; que se adaptam e readaptam uns aos outros, equilibram-se e integram-se em um todo organico e harmonico, constituido de partes coherentes.

Os phenomenos juridicos, portanto, grupo de phenomenos sociaes, estão ligados a estes e marcham *pari passu*, connexos, unidos, presos pelo *consensus* ou entrosamento que os unifica e integra no grande todo, na complexa realidade social. Assim, as normas juridicas de um povo prendem-se ás condições da vida individual e social desse povo, reflectindo-lhe as qualidades e medindo-lhe o gráu de civilização. O direito é um aspecto da sociedade.

A evolução juridica acompanha a evolução social. A evolução da sociedade começou com o grupo patriarchal, passou pela phase da cidade e pela do estado e se acha actualmente na phase mundial ou da sociedade internacional, *civitas maxima*, sendo cada phase caracterizada por condições e predicados especiaes, seguindo a directriz do progresso ascendente. Pelas mesmas phases tem passado o direito, adaptando-se e readaptando-se ás condições da vida social, *tractu temporis* successivamente transformadas. O direito está para o organismo social como a veste para o organismo individual: um e outra acompanham o desenvolvimento do respectivo corpo.

Cada phase da evolução social contem a phase anterior, com alguma coisa a mais. Cada phase da evolução juridica contem a phase respectiva anterior, igualmente com alguma coisa a mais. Cada phase é um resumo das phases anteriores, numa e noutra evolução. A sociedade actual, mundial, é a sociedade primitiva transformada atravez do espaço e do tempo. O direito actual, com sua feição culminante caracterizada pela internacionalidade, é o mesmo direito primitivo, transformado atravez do espaço e do tempo. O presente é filho do passado em toda a extensão da palavra, isto é, em todos os departamentos da actividade humana.

Assim, o direito da phase classica ou da cidade contem resquicios do direito patriarchal. O direito da phase moderna ou do estado contem resquicios do direito classico. O direito correspondente ao apice da evolução social, isto é, o direito internacional, contem elementos de todos os anteriores. O direito da cidade ou municipal coexistiu com o patriarchal ou é este modificado. O direito do estado respeita o municipal; o direito internacional faz o mesmo com o do estado. O direito patriarchal, o mais remoto, exiguo e modesto, obliterou-se por completo. Os outros coexistem ainda.

Dest'arte, o grande organismo juridico, cuja culminancia progressiva está na internacionalidade, desdobra-se em differentes grupos de normas juridicas corre-

spondentes respectivamente aos interesses da cidade ou municipaes, do estado e da sociedade mundial. O primeiro assegura os interesses do municipio, o segundo os do estado e o terceiro os da humanidade ou da sociedade internacional, *Weltstaat*. Cada phase da evolução juridica implica uma generalização. A phase classica, a generalização dos interesses communs a todos os grupos do patriarchalismo; a phase do estado, a de todos os interesses communs a todas as cidades; a contemporanea ou internacional, a de todos os interesses communs a todas as nações.

A sociedade internacional contem, como unidades componentes, partes integrantes, todos os estados do gremio internacional. Do mesmo modo o direito internacional contem, como partes integrantes ou presuppostos necessarios, organicos todos os direitos nacionaes ou regionaes. Sociedade mundial e sociedade nacional não são coisas separadas, mas apenas distinctas. Direito mundial e direito nacional não são tão pouco coisas separadas, mas apenas distinctas. Conseguintemente, mantêm entre si as mais intimas relações o direito internacional e o direito nacional, as quaes são a expressão das suas profundas affinidades organicas.

O exposto é confirmado pela observação do que se passa na vida internacional. Assim, vemos que os orgams da soberania de cada nação exercem, todos elles, funcções internacionaes, ao lado das funcções nacionaes. O poder legislativo faz muitas leis de caracter internacional, destinadas a regular relações internacionaes. O poder executivo desdobra a sua actividade em muitos actos da mesma natureza internacional, como provam as innumeras secretarias internacionaes e outras instituições mundiaes levadas a effeito pelos governos dos estados. O poder judiciario julga frequentemente contendas reguladas pelo direito internacional. Quando assim funccionam, esses orgams da soberania nacional são orgams embryonarios da soberania mundial.

Existe uma connexão intima entre a estructura e as funcções de cada estado, e a estructura e as funcções da sociedade internacional, pois o caracter de um aggregado é determinado pelos caracteres das unidades componentes. Dahi essa penetração reciproca, esse entrosamento ou solidariedade entre o direito da *civitas maxima*, o grande todo, e o direito nacional ou de suas unidades componentes.

Estamos actualmente numa phase de transição do regimen militar ou do estatuto para o regimen industrial ou do contracto. Devido ás condições especiaes do Novo Mundo, as nações americanas principalmente já entraram francamente nos moldes do typo industrial. Esta circumstancia tem favorecido immensamente o progresso da evolução juridica, parallelamente ao da evolução social. Os sentimentos e as ideias communs, factores da solidariedade internacional, são mais numerosos e mais accentuados entre as nações americanas do que entre as do velho mundo. Uma conflagração americana do porte dessa que na Europa ora ensanguenta e cobre de lucto a historia humana, é coisa impossivel. Por isso, o direito correlativo, *Weltrecht*, que, consoante o exposto, corre *pari passu* com a sociedade, está igualmente na vanguarda, reflectindo o avanço. Este duplo progresso, social e juridico, realizado na esphera internacional americana, tem augmentado, como é natural, quantitativa e qualitativamente, as relações constitutivas do *consensus* existente entre o direito internacional e o direito nacional nos paizes da America.

A sociedade internacional está hoje no pé em que esteve ha muitos seculos a sociedade nacional. Tem organização social apenas, faltando-lhe ainda a organização politica regularmente constituida, que ha de trazer-lhe os orgams adequados ao desempenho das funcções supremas da soberania mundial, isto é, o poder legislativo, o executivo e o judiciario internacionaes, destinados

respectivamente a formular as leis internacionaes, a pôl-as em execução e a applical-as aos casos concretos, dirimindo contendas internacionaes, quer no dominio do direito publico, quer no do direito privado.

É facto observado que, á medida que a sociedade progride, multiplicam-se suas relações em todas as direcções. E o direito, que se transforma para acompanhar as transformações da sociedade, reflecte fielmente estas relações. Dahi o dizer-se que cada sociedade tem o direito que merece.

Do exposto, decorre esta conclusão:

O direito internacional americano, reflexo da solidariedade e penetração reciproca dos estados da America, contem o maximo de relações actualmente possiveis entre o direito internacional ou systema de normas reguladoras das condições de vida e desenvolvimento da sociedade mundial e do cidadão mundial, *civis totius mundi*, e o direito nacional ou systema de normas reguladoras das condições de vida e desenvolvimento da sociedade de cada estado e do respectivo cidadão.

RESUMINDO.

Existe um *consensus* intimo entre os phenomenos juridicos e os outros phenomenos sociaes. A evolução juridica acompanha *pari passu* a evolução social, percorrendo parallelamente a mesma escala evolutiva. Cada phase da evolução social é um resumo das phases anteriores. O mesmo acontece com cada phase da evolução juridica. Assim, o direito no ponto culminante de sua evolução, que assume a denominação ora usada de direito internacional, reflecte a historia inteira do direito. O presente é filho do passado, e por elle se explica. O superorganismo juridico internacional é um presupposto necessario do facto da indiscutivel e indiscutida existencia do superorganismo da sociedade mundial. E cada superorganismo contem e explica os organismos que o precederam. O superorganismo social mundial, *Welstaat*, presuppõe, como suas partes integrantes, todos os estados com todas as cidades. O superorganismo juridico correspondente presuppõe igualmente o direito estadual e o direito municipal. A *civitas maxima* é uma integração de todas as sociedades. O seu direito é uma integração de todos os direitos regionaes. Assim, os orgams das funcções juridicas regionaes são directa e indirectamente orgams das funcções juridicas internacionaes. Não ha um orgam da soberania nacional que não desempenhe funcção internacional. Cada estado é uma parte em relações constantes com o todo. As relações internas não prescindem das externas.

Na phase de transição, em que ora nos achamos, do regimen militar ou do estatuto para o regimen industrial ou do contracto, a America está na vanguarda, devido ás condições especiaes do Novo Mundo. Por isso, aqui mais se destaca a culminancia da evolução social e da juridica, com o cortejo dos consectarios que as acompanham.

A communhão de sentimentos e de ideias é aqui mais vasta. A solidariedade mais accentuada e profunda. As relações entre os organismos nacionaes e o internacional mais numerosas. O direito internacional, espelho fiel da vida internacional, reflecte esse maximo de relações. Por isso, impõe-se ineluctavelmente a conclusão, a que chegámos nesta memoria, que timidamente offerecemos á douta apreciação do Segundo Congresso Scientifico Panamericano, implorando venia e benevolencia.

The CHAIRMAN. This concludes the program for the evening, and the joint session stands adjourned until 10 o'clock to-morrow morning.

Thereupon, at 10.15 o'clock, the session adjourned.

JOINT SESSION OF SUBSECTION 1 OF SECTION VI AND THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW.

SHOREHAM HOTEL,
Wednesday morning, December 29, 1915.

Chairman, CHARLES NOBLE GREGORY.

Papers presented:

The attitude of American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes. Papers by Walter S. Penfield and Jackson H. Ralston.

What means should be provided and procedure adopted for authoritatively determining whether The Hague conventions, or other general international agreements, or the rules of international law have been violated? In case of violations what should be the nature of the remedy and how should it be enforced? Papers by Theodore S. Woolsey and Edward A. Harriman.

Papers reported:

The attitude of American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes. Papers by Eusebio Bracamonte, Francisco Capella y Pons, and Antonio Madrid.

Attitude of Colombia toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes, by Arcesio Penagos y R.

The right to safety in the high seas for the citizens of all the American Republics, by A. César.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, we have the pleasure this morning of listening first to Mr. Walter S. Penfield, of the bar of the District of Columbia, who will speak on "The attitude of American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes." Mr. Penfield has been an especial student of Latin American history, literature, and affairs, and speaks upon this subject with the widest knowledge. I have great pleasure in presenting him.

THE ATTITUDE OF AMERICAN COUNTRIES TOWARD ARBITRATION AND THE PEACEFUL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES.

By WALTER S. PENFIELD,

Of the Bar of the District of Columbia.

Few years had elapsed after the discovery of America by Christopher Columbus before Europe established her colonies, in which her citizens, conquistadores, adventurers, and missionaries sought the fruits of the virgin soil of the New World. Three centuries after his arrival, America, conscious of its right to self-government, resolved to obtain its freedom. Under the flag of liberty, which was raised on high from the Delaware River to the southern peaks of the Andes, the people were banded together, anxious to receive their baptism of blood, provided only it made possible the securing of their own nationality. Years of suffering and fighting finally had its recompense, and America, covered with glory and secure in attaining the future which was awaiting it, gave life to a free people.

Finally the flags of the different States floated as emblems of sovereignty, and the dreams of Washington, of Bolivar, of San Martin and of Hidalgo crystallized in the liberty of the Americas.

With the discovery of the New World there was open to civilization a rich and fertile field, with its independence the cause of liberty was advanced, and now by its spirit, by its ideals, by its love for peace and by its asylum from the frightful conflagration which devours Europe, it has in its hands the mission of advancing the cause of arbitration as a medium of preventing and solving international conflicts.

America has accepted arbitration as a juridical principle, has practiced it in numerous cases, has taught it in its lecture halls, and has brought it to the foreground in its chancellories by means of treaties by which arbitration has found favor as a tie of fraternity between peoples and as a provision against the greatest of calamities under which humanity may suffer.

While the present world events appear to prove the inefficacy of arbitration, demonstrating with evident reality that it is an Utopia to endeavor to enchain brutal force before the rules of justice, nevertheless, in the reconstruction which comes after the war, America can perform an important rôle. Without hatred, without passion, without the bitter memory of a cruel campaign, it will be able to labor actively for peace and to insist on the settlement of all international disputes by means of arbitration or other peaceful methods. That such a rôle would not be difficult for her to assume is shown by what she has heretofore accomplished in arbitration and the peaceful settlement of international disputes.

ARBITRATIONS.

As early as 1794 the United States, through John Jay, succeeded in having written into the treaty with Great Britain a clause providing, in effect, for the submission to arbitration of differences between the two nations regarding the boundaries and the pecuniary claims of their nationals. In 1795 and again in 1802 the United States and Spain, by conventional agreements, settled by arbitration mutual claims of their nationals. In 1825 Brazil and Portugal likewise agreed to arbitration for the purpose of passing on claims originating during the war. Four years afterwards Brazil thus settled a similar controversy with Great Britain. In 1830 the Argentine and England, in 1839 Mexico and France and Mexico and the United States, and in 1840 the Argentine and France thus solved differences caused by claims brought on account of the war.

After a lapse of 30 years, from 1842 to 1871, when the *Alabama* case occurred, we find 35 questions submitted to arbitration, as much between American nations as between different European powers and American countries. In this lapse of three decades it is to be noticed that all the American nations, without exception, submitted different questions to arbitration, among which were some of such importance as that arising between the United States and Portugal on account of the destruction of the warship *General Armstrong;* between the United States and Great Britain in 1854 over fishing rights; between the United States and New Granada in 1856, by which was settled all the claims of American citizens and companies against New Granada; between Peru and the United States in 1862 relative to the capture of the Anglo-American ships *Lizzie Thompson* and *Georgiana;* between the United States and England in 1863, covering claims of the Hudson Bay Company; between Peru and Great Britain in 1864, entrusted to the decision of the senate of Hamburg, which decided the claim made by England against Peru on account of the imprisonment suffered by an English subject by the name of White; and between the United States and Brazil in 1870, for the loss of the ship *Canada.*

From 1871 to 1910, or, in the course of 40 years, there was submitted to arbitral decision 125 matters of different kinds from pecuniary claims, which are the most frequent, to maritime controversies, and from rectification of frontiers to fishing zones and sovereignty over territory, covering a variety of judicial questions, involving both public and private law, the parties including all of the American Republics, 13 of the principal European countries, and various countries of minor importance in Asia.

BOUNDARY QUESTIONS.

Besides, from the second third of the nineteenth century, with the exception of the arbitral pacts of 1794, 1814, and 1827, between the United States and Great Britain over Canadian frontier questions, it is to be noted that complicated boundary disputes between the American States, which frequently approached near war, began to be settled by means of arbitral decrees. These boundary matters, which have been terminated in large part by arbitration between the United States and Canada, the United States and Mexico, the Argentine and Chile, the Argentine and Bolivia, Brazil and Colombia, Venezuela and Great Britain, the Argentine and Brazil, Chile and Bolivia, Peru and Bolivia, Mexico and Guatemala, Colombia and Costa Rica, and later Panama and Costa Rica, Ecuador and Colombia, Venezuela and Colombia, Colombia and Peru, and among different Central American Republics, although initiated, as has been said, about the middle of the past century, in their majority have been decided in the latter years of the last century and in the beginning of the present.

THE "ALABAMA."

Among the American arbitration cases there is none of more importance than that of the *Alabama*, tried on account of claims presented by the American Government for damages inflicted to the merchant marine of the United States by the *Alabama* and other Confederate cruisers constructed and armed in ports of Great Britain.

The intrinsic importance of the controversy, the passion with which it had been considered, the consequence which it bore with reference to a doctrine of such importance as that of international neutrality, and the manner in which a country of the power of Great Britain accepted the award rendered against her, gave a sudden and formidable prestige to the cause of arbitra-

tion and encouraged the belief that arbitration would be able to take the place of war.

In his work on Arbitration and The Hague Court, Gen. John W. Foster, formerly Secretary of State of the United States, in speaking of the *Alabama* case, says:

> The nineteenth century was more fruitful than any similar era in the submission to the adjudication of special arbitration tribunals of the differences of nations insolvable by diplomatic methods. The most notable of these, and that which exerted the greatest influence upon the nations, was the arbitration of the bitter controversy between Great Britain and the United States, growing out of the American Civil War and the irritating questions existing with Canada, which were peacefully settled by the treaty of Washington of 1871. Of this the British statesman and writer, John Morley, says: "The treaty of Washington and the Geneva arbitration stand out as the most notable victory in the nineteenth century of the noble art of preventive diplomacy and the most signal exhibition in their history of self command in two of the three chief democratic powers of the Western World."

INTERNATIONAL PACTS.

From the date of their independence to the present time the countries of this hemisphere have entered into treaties providing for arbitration. On October 3, 1823, shortly after its independence, Mexico celebrated with Colombia a treaty of friendship, union, league, and confederation with the intention of creating a general congress of the American States, composed of plenipotentiaries for the purpose of cementing their relations and of constituting themselves as an arbitral judge and conciliator in their disputes and differences. Three years afterward it signed pacts of a similar nature with Central America, Peru, and again with Colombia.

In 1822 Colombia celebrated similar pacts with Peru and Chile, and in 1825 with Central America. And it signed arbitration treaties with the United States in 1824 and 1846, with Ecuador in 1832 and 1856; with Peru in 1829, 1858, and 1870; and with Venezuela in 1842.

By the treaty of Guadalupe Hidalgo of 1848 an end was put to the war which existed between Mexico and the United States. It is truly notable that in the same treaty which terminated the conflict, Mexico accepted the principle of arbitration, the agreement being that both Governments would endeavor to settle any differences which might arise, using for this end mutual representations and pacific negotiations. And the treaty further provided that if by these methods they should not succeed in agreeing, there would not be any resort to hostilities until the Government of that one which believed itself aggrieved may have considered maturely whether it would not be better that the difference be settled by an arbitration of commissioners named by both parties or by a friendly nation.

In the 10 years which followed the celebration of the first conference of peace at The Hague, from 1899 to 1909, there were signed 40 general treaties of arbitration, in which 16 republics of the new continent figured as parties. Brazil signed in three years, from 1908 to 1911, 29 treaties in which this recourse was agreed to. Last year Uruguay signed with Italy the most liberal treaty of this kind that exists until now between an American Republic and an European country.

THE "A. B. C." TREATY OF MAY 25, 1915.

The most recent treaty is the one signed on May 25, 1915, by the Argentine, Brazil, and Chile, which brings together the union known popularly as the "A. B. C." In the first article it is provided: "Controversies which, origi-

nating from whatever question, between the three contracting parties, or between two of them, and which may not be able to be decided by the diplomatic channel, nor submitted to arbitration in accordance with existing treaties or with those which later on may be made, will be submitted to the investigation or report of a permanent commission constituted in the manner which article 3 provides." The high contracting parties agree not to engage in hostile acts until after the report of the commission, which the treaty provides for, has been produced or until the term of a year, to which article 5 refers, has passed.

From a study of the treaty it may be clearly seen:

1. That the permanent commission is a tribunal to which the contracting countries are to have recourse to solve whatever difficulty may arise between them.

2. That this tribunal is charged with preparing a report within a certain time, and does not have authority to pronounce a decree in the controversy.

3. That, nevertheless, it is evident that the fact that the commission makes a report will cause it to be prepared according to juridical standards on whatever matter may be submitted, although it may be of a political kind or affecting the national honor of any of the contracting parties.

4. That such permanent commission would appear to be an experiment on the success of which will depend the creation of a true tribunal of American arbitration.

CONSTITUTIONS.

Some of the countries of America have referred to arbitration in their constitutions. For example, Ecuador in its constitution of March 31, 1878, recommended arbitration as a means of avoiding war. The Dominican Republic in its constitution of May 20, 1880; Brazil in its constitution of February 24, 1891; and Venezuela in its constitution of June 21, 1893, prescribed this principle as a method which ought to be employed before appealing to any violent solution.

AMERICAN CONGRESSES.

It is interesting to examine the records of American Congresses to learn their attitude on the subject under discussion.

As early as the first Panama Congress of 1826 a pact of "union, alliance, and perpetual confederation" was signed by the States represented, declaring that "the contracting parties solemnly obligate and bind themselves to amicably compromise between themselves all differences now existing or which may arise in the future." This, however, was not ratified.

In 1831, 1838, and 1840 Mexico unsuccessfully tried to arrange for another congress. Finally one convened at Lima in 1847, at which a treaty was signed, providing, among other things, for a congress of plenipotentiaries, which was to meet periodically, and for the settlement of disputes in a friendly manner and by arbitration. It further provided that, if the arbitration should be rejected, then the congress of plenipotentiaries, after examining the grounds upon which each of the republics based its contention, would give such decision as seemed most just.

In 1864 another congress met at Lima, which adopted a treaty on the preservation of peace and provided for mediation and arbitration.

In 1880 the representatives of several countries, at a meeting in Bogota, signed a convention for general and absolute arbitration. Provision was made for the designation of an arbitrator in each case by special convention, in default of which the President of the United States would be the arbitrator. It

also provided that all other countries should be urged to enter into similar treaties "in order that the solution of every international conflict by means of arbitration may come to be a principle of American public law."

In the celebration of the hundredth anniversary of the birth of Bolivar, Venezuela invited the American nations to meet in a congress at Caracas in 1883, and the representatives there assembled formally declared themselves in favor of arbitration as the only solution for all controversies between states.

In 1886 a resolution was moved by William McKinley in the House of Representatives of the United States favoring the creation of international courts of arbitration for America. A similar resolution was moved in the upper house by Senator Logan.

From 1881 until 1888 Mr. Blaine had urged the calling of a general conference of American nations to meet in Washington. By the act of May 24, 1888, the Congress of the United States authorized the President to invite the Governments of Mexico, Central and South America, Haiti, and the Dominican Republic to hold a conference in conjunction with the United States, with the object, among other things, of discussing and recommending to the respective governments a plan of arbitration for the solution of conflicts that might arise between them.

An invitation was extended and the conference met during the latter part of 1889 and the beginning of 1890. In the latter year, the Congress of the United States adopted a resolution reciting "that the President be requested to invite from time to time, as fit occasion arises, negotiations with any government with which the United States has or may have diplomatic relations to the end that any differences or disputes arising between the two governments, which can not be adjusted by diplomatic agency, may be referred to arbitration and be peaceably adjusted by such means."

This First Pan American Conference presented a project for a general treaty of arbitration, declaring that the requblics of America adopt arbitration "as a solution of difficulties, disputes, or contests between two or more of them." While this draft of a treaty was not then ratified, it showed the acceptance by America of the principle of peaceable settlements, which later was adopted in the general arbitration convention in the fourth conference at Buenos Aires in 1910 as the American system of settlement of international controversies.

The Second Pan American Conference of 1901, which met in Mexico, included in its program "arbitration" and an "international court of claims." The conventions comprised, among other things, the submission to arbitration of all pecuniary claims and obligatory arbitration in all questions not affecting the honor and independence of nations. It was previously stipulated that independence and national honor would not be considered at stake in all controversies relating to diplomatic privileges, boundaries, rights of navigation, and validity, interpretation, and observation of treaties.

At the third meeting of the Pan American Conference at Rio de Janeiro in 1906 it was recommended to the American Governments "that they give instructions to their delegates to the second conference at The Hague to try in that meeting to celebrate a general convention of arbitration so efficacious and definite as to merit the approval of the civilized world, which may be accepted and put in force by all nations."

At the Fourth Pan American Conference held in Buenos Aires in 1910 the agreement to submit pecuniary claims to obligatory arbitration was again renewed, but the question of arbitration was eliminated from the conference.

THE HAGUE CONFERENCE.

At the first conference held at The Hague the only American countries represented were Mexico and the United States. As is well known their representatives joined in signing the convention for the pacific settlement of international disputes. This contained provisions providing for the maintenance of general peace, good offices and mediation, and international commissions of inquiry. It also provided for international arbitration, recognizing that in questions of a judicial character, and especially in those regarding the interpretation or application of international treaties or conventions, arbitration is the most efficacious and equitable method of deciding controversies which have not been settled by diplomatic methods.

The Second Pan American Conference signed a protocol by which the countries adhered to the treaties signed at The Hague in 1899, recognizing them as a part of public American international law and at the same time requesting the United States and Mexico to secure the admission of the nonsignatory American States to the benefits of the convention for the pacific settlement of international disputes.

In October, 1904, when Mr. Hay took the initiative on behalf of the United States in calling a second conference at The Hague, he suggested in his letter to the signatory powers the consideration and adoption of a procedure by which States nonsignatory to the original acts of The Hague Conference might become adhering parties. A year later the President of the United States yielded to Russia the initiative in calling a second Hague conference and Russia included the American States in the call for the conference. At the meeting of 1907 there was signed a convention for the pacific settlement of international disputes, which contained provisions similar in nature to those adopted at the first conference in 1899. As signatory parties to this convention appear the names of all but two of the American countries.

AMERICAN ARBITRATIONS AT THE HAGUE.

The first countries which availed themselves of the opportunity of using the machinery of The Hague for the settlement of an international controversy were the United States and Mexico. They were willing to try the experiment.

It was on May 22, 1902, that the Mexican ambassador in Washington, M. de Azpiroz, and John Hay, the Secretary of State, signed the protocol referring to The Hague for decision the case known as the "Pious Fund of the Californias." An award was rendered on October 14, 1902, requiring the Government of the Republic of Mexico to pay the Government of the United States of America the sum of $1,420,682.67, Mexican, within eight months from the date in accordance with the requirement of article 10 of the protocol. The award is probably unique in the history of arbitral decisions in that it also requires the Republic of Mexico to pay the Government of the United States of America on February 2 of 1903, and each following year on the same date, perpetually, an annuity of $43,050.99. Credit is due to Mexico in unhesitatingly accepting the award of the tribunal and in promptly complying with the terms of the decision.

Thus the honor of starting the machinery of The Hague court belongs to two American countries; and it may not be an improper deduction to say that if they had not been willing to submit their question to the tribunal for decision, The Hague court might have until to-day remained a dream, impractical because of never having been used.

A year afterwards, in 1903, the offices of The Hague court were again invoked in the settlement of what is known as the Venezuelan preferential treatment case. As parties to this arbitration we find on one side three European coun-

tries, Germany, Great Britain, and Italy, and on the other side five European countries, Belgium, Spain, France, the Netherlands, and Sweden and Norway, and three American countries, Mexico, the United States, and Venezuela. The award, which was rendered on February 22, 1904, has been faithfully carried out.

On January 27, 1909, a protocol was signed between the United States and Great Britain for submission to The Hague of the case known as the North Atlantic Coast Fisheries, in which an award was rendered on September 7, 1910. On February 13, 1909, the United States and Venezuela signed a protocol for the arbitration of what was known as the "Orinoco Steamship Company" case, in which an award was rendered on October 25, 1910. On April 25, 1910, a protocol was signed between Italy and Peru for decision at The Hague of the Canevaro claim, in which an award was rendered on May 3, 1912.

To date 15 cases have been arbitrated at The Hague. As parties to the protocols appear the names of 15 different countries. Four of these are Americans—namely Peru, Mexico, United States, and Venezuela. Of the 15 cases arbitrated, 2 of them were between American countries and 3 between American and European countries. It can thus be seen that the records of The Hague tribunal show that the attitude of the American States is to settle their differences by means of international arbitration, or other peaceful methods.

THE CENTRAL AMERICAN COURT OF JUSTICE.

While the project of establishing a permanent court of arbitral justice at The Hague was not successful, the plan has been realized by the countries of Central America, which signed a convention in Washington in 1907, creating the Central American court of justice.

It is to be noted that the jurisdiction of this court is very broad, since, according to article 1 of the treaty, it is provided that the high contracting parties are obliged "to submit all controversies or questions which may arise among them, of whatever nature and no matter what their origin may be * * *."

Additional jurisdiction was also granted:

(*a*) In questions which individuals of one Central American country may raise against any of the other contracting Governments, because of the violation of treaties or conventions, and other cases of an international character, no matter whether their own Government supports said claim or not; provided that the remedies which the laws of the respective country furnish against such violation shall have been exhausted or that a denial of justice shall have been shown.

(*b*) In cases which by common accord the contracting Governments may submit to it, no matter whether they arise between two or more of them or between one of said Governments and individuals.

(*c*) In international questions which by special agreement any one of the Central American Governments and a foreign Government may have determined to submit to it.

This convention is probably one of the broadest and most liberal that has yet been entered into between a number of countries. It grants jurisdiction to the court over all controversies of whatsoever nature, and it does not except matters affecting the national independence or honor.

The court was inaugurated on the 25th day of May, 1908, in Cartago, Costa Rica, and during the seven years which it has been in existence it has passed on six cases, one of which was the litigation brought by Honduras against Salvador and Guatemala, in which the plaintiff attributed a certain

responsibility to the defendants for supposed protection afforded to a seditious movement.

It can, therefore, be said that the tribunal of Central America performs a mission in preserving peace and settling difficulties. The broad jurisdiction granted to the court and the decisions rendered clearly show the friendly attitude of the Central American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes.

THE A. B. C. MEDIATION.

One of the most notable acts, showing the desire of the American countries to settle international disputes by amicable means, was the "A. B. C." mediation during 1914 in the difficulties which had arisen between Mexico and the United States. After a session lasting 46 days, a protocol was signed by which it was agreed, among other things, that the provisional government to be constituted in Mexico would be immediately recognized by the Government of the United States, renewing consequently the diplomatic relations between both countries, and that immediately thereafter it would arrange for the establishment of international commissions for the settlement of claims of foreigners, presented on account of damages caused during the period of the civil war as the consequence of military acts of national authorities.

These were some of the differences whose solutions were arranged by the mediating governments. That which remained to the Mexicans was the liberty of electing the de facto Government which the American Government would have to recognize. Although such an agreement was never carried out on account of the military triumph of one party over the other, that fact does not prevent the Niagara Conference from having been successful in preventing possible war between the two countries.

RESTRICTIONS IN ARBITRATION TREATIES.

The usual restrictions contained in arbitration treaties 20 years ago were vital interests, national honor, sovereignty, and independence. Argentina made its special formula, according to which any question whatsoever is submitted to arbitration, excepting those which effect the constitutional precepts of both contracting countries, although it abandoned the favorite formula in the treaty which it celebrated in 1911, with England, under which it submitted to arbitration all differences "which have not been able to be arranged by the diplomatic channel."

Argentina, Mexico, and the five States of Central America are bound by unreserved treaties to submit to the permanent court at The Hague "all differences of whatever nature which may arise between them and which it is not possible to settle diplomatically."

In February, 1908, the United States and France signed a convention agreeing to submit to arbitration all questions of a legal nature or relating to the interpretation of treaties, "provided that they do no affect the vital interests, the independence, or the honor of the two contracting States, and do not concern the interests of third parties." Similar treaties have been entered into by the United States with over 20 foreign countries.

In the treaty of compulsory arbitration entered into by Mexico and Spain in 1902, "national independence and honor" were excepted. Article II of the treaty enumerates the cases in which neither the national independence nor honor would be considered to be compromised.

In the treaty entered into between Spain and Guatemala in February, 1902, Article I provided that "the high contracting parties agree to submit to arbi-

tration all controversies which may arise between them during the existence of the present treaty, and for which they may not have been able to obtain a friendly settlement by direct negotiations, provided that, in the judgment of both nations, said controversies do not affect the national independence or honor."

Article 2 states the cases in which neither the national independence nor honor will be considered as compromised.

It can thus be seen that these last two treaties, which expressly confer jurisdiction over all controversies, except those affecting independence and honor, go further than the treaties of the United States in that they expressly state what can not be considered as questions of national independence and honor, and thus expressly confer jurisdiction in a class of cases which are expressly excepted from those which might be claimed to affect the national independence and honor.

The treaty signed between Spain and Colombia in February, 1902, provided for submitting to arbitration all questions of whatever nature that might arise between them so long as they do not affect the precepts of the constitution of either party. Article 2 provides that questions which have been settled can not be reopened. but in case they are, the arbitration will be limited exclusively to questions which may arise over the validity, interpretation, and fulfilment of said settlements. Thus this treaty in one line expressly grants jurisdiction for all questions of whatever nature, and in the other expressly reserves questions affecting the precepts of the constitution of either party and those matters already settled.

Many eminent internationalists, especially in later years, have vigorously attacked such restrictions. Writers differ concerning the meaning which is attributed to the words "national honor." The committee on foreign affairs of the Congress of Uruguay in discussing the general obligatory arbitration convention of 1914 between Uruguay and Italy stated: "Arbitration, as a juridical solution, demands precision, clarity, and sincerity, because precision is honesty of language and the words honor, vital interests, etc., have a dangerous vagueness and the colorless fogginess of a commonplace."

As much in theory as in practice, the restrictions to arbitration gradually are disappearing, and there is every indication that in the not far distant future the doctrine of arbitration without restrictions, which to-day finds supporters in the nations of the new continent, will be adopted by all the Requblics of America.

CONCLUSION.

The attitude of the American countries toward arbitration and the peaceful settlement of international disputes can be easily determined from the summary which has been made of the arbitrations to which they have been parties, of the treaties which they have signed, and of the action of the congresses at which they have been represented.

But we can not conclude without suggesting in what manner the American Republics may still further advance the cause of arbitration and the peaceful settlement of international disputes. To our mind there are three methods in which it may be done:

(*a*) The arbitration treaties should be broader.

(*b*) The adoption of a code of public and private international law.

(*c*) The creation of a Pan American court of arbitration, to be located at the city of Panama, which will be equally accessible to all the American coun-

tries and where it will sit in an atmosphere in which there is a blending of the Latin and Anglo-Saxon ideals of justice and equity.

Thus we may make arbitration and the peaceful settlement of international disputes a principle of American politics, which will be subscribed to by all the chancellories and which will be guided by American public internationed law. By so doing we shall be able to have a court which is permanent and ready to sit and assume jurisdiction over such matters as are brought before it and which, instead of bearing the name of a modest capital beyond the seas, will be known as the permanent Pan American court of international arbitration.

The CHAIRMAN. The discussion of the topic before us will be continued by Mr. Jackson H. Ralston, of the bar of the District of Columbia. Mr. Ralston has been identified with arbitrations, especially involving American States, and he has won the highest distinction by his conduct in those affairs. I have great pleasure in presenting him.

THE ATTITUDE OF AMERICAN COUNTRIES TOWARD INTERNATIONAL ARBITRATION AND THE PEACEFUL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES.

By JACKSON H. RALSTON,

Of the Bar of Maryland and of the District of Columbia.

Under severe limitations as to the time limit of my address and limited in opportunities for its preparation because of the lateness of the date when the request reached me and pressure of business engagements, I am compelled to submit to you only a sketchy commentary upon the arbitrations in which the Americas have taken part.

From the organization of their respective governments, the nations of this hemisphere have shown more than a perfunctory devotion to the cause of international arbitration. As a result, in place of the scattering and imperfectly developed arbitrations marking the periods preceding the Jay treaty of 1794, the Americas have contributed largely to the working out of a judicial system of arbitration, increasingly logical in its arrangements.

As illustrative of the growth of arbitration south of us we may refer to the number of arbitral treaties in which the nations so placed have taken part. For instance, the Argentine Republic in 12; Bolivia, 15; Brazil, 23; Chile, 35; Colombia, 22; Costa Rica, 10; Dominican Republic, 5; Ecuador, 12; Guatemala, 9; Haiti, 10; Honduras, 8; Mexico, 15; Nicaragua, 11; Panama, 3; Paraguay, 3; Peru, 39; Salvador, 5; Uruguay, 1; Venezuela, 23.

WHY THE ARBITRAL PRINCIPLE IS STRONG AMONG THE AMERICAS.

It is a fair preliminary inquiry why arbitration has received among the Americas an extension never accorded it in Europe. It may be suggested that as to boundary questions, the disputes have related to uncertain lines distant from the centers of population, while those in charge of national affairs were perhaps but slightly concerned about the fate of stretches of country from which they did not hope to gain revenue or profit. Little, therefore, was lost in agreeing to arbitrate such questions. Nevertheless, as to this subject matter of arbitration the greatest difficulties have offered themselves, and there has

been a disposition to criticise the results of the arbitral inquiry. This was illustrated in the case of the United States by the disputes which arose over our northeastern boundary line, and has been more recently shown in the conduct of several South American countries. We must, therefore, look elsewhere for a satisfactory explanation.

LACK OF DISTINCTIVE FOREIGN POLICY.

I am disposed to believe that an important reason for our peculiar extension of arbitration has been the lack on the part of the several American nations of a distinctive foreign policy. Foreign policies are made up, roughly, of fear and avarice, sometimes strongly scented with altruism, but on analysis this largely proves, generally speaking, negligible. Happy is the nation whose only foreign policy is to treat honorably all associates in the family of nations. The American nations have not found it necessary to study how to gain political advantages at the expense of others, or to hold assumed advantages through doubtful means. They have had no past to live down, no revenges to satisfy, no international outrages to justify. It has therefore been possible for them to meet one another upon a common basis, recognizing between themselves, as among gentlemen, the obligations of courtesy, forbearance, and justice. So they have acknowledged that, with the best intentions upon their several parts, offense was possible, and have with little hesitancy agreed that any complaint of wrongdoing should be determined by an impartial tribunal.

These nations have considered themselves sovereign in the usual international sense—that is, within the radius of their own national action. They have not accepted the old European idea of sovereignty involved in the phrase that the king could do no wrong, or typified by the idea that he was anointed mystically from on high. Their dignity therefore in their mutual intercourse has been that which pertains to self-respecting peoples, and not one assumed because of mysterious Divine appointment. It has thus been easier for them to acknowledge the possibility of error than it could be for one assuming immediate personal relations with the Almighty.

The wonder is not, then, that the Americas have forwarded the cause of international arbitration, but when we examine into it, it would be rather that more has not been accomplished in this direction.

MATTERS COMMONLY RESERVED FROM ARBITRATION.

When examining the North and South American arbitral treaties we are struck with the constant reservation from arbitration of questions which are considered to involve the vital interests, independence, or honor of the contracting States, and, as it is sometimes said, which affect third powers. The effect of this reservation is to render valueless the treaty containing it, except so far as, feeling themselves under some moral obligation, or for reasons of policy, the parties involved choose to give it efficacy. In other words, the disposition toward peace existing, exactly the same end could be accomplished without a treaty of arbitration as with it.

We say this because there is no question imaginable which may not be declared by one nation or the other to involve its honor, its independence, or its vital interests. To illustrate: The nation which is subjected to a charge of denial of justice may well declare, if it see fit, that such a suggestion constitutes a reflection upon its honor, and that the question of its existence is not a fit subject for arbitration. The nation whose territorial limits are alleged by another nation to be in doubt, may decline to arbitrate because such a proceeding would affect its independence or its vital interests.

The chief value, therefore, of such arbitral treaties, as we now refer to (and they constitute the most numerous ones), is a moral one, for their existence tends to shift the ground of discussion from the naked question as to whether arbitration should or should not exist to that of a consideration as to whether the clauses of exception have any particular force, and therefore whether arbitration is obligatory. This situation seems to have been recognized and a definite way of relief provided in but one treaty so far as I can discover, this, however, not being a treaty signed by an American nation. The treaty between Italy and Sweden of April 13, 1911, after making the usual exception with regard to independence, integrity, and vital interests (honor not being recognized as a ground of exception) provides that each party shall itself judge whether the difference affects its independence or integrity, but that if the question be raised as to whether the vital interests of one of the States are involved, and this becomes a subject of dispute, then this point of itself may be submitted to arbitration.

A form used many times, particularly in arbitration treaties between Spain and the Latin-American Republics, is more satisfactory with regard to exceptions in that it provides absolutely for the submission to arbitration of all controversies of whatever nature that for any cause may arise in so far as they do not affect the precepts of the constitution of either of the contracting States, and may not be resolvable by means of direct negotiations. While the language "precepts of the constitution" may not be as definite and clear as one could wish, nevertheless, it certainly does not include the larger part of the exceptions of honor and vital interests. We may, therefore, regard this particular form of arbitration as marking a distinct advance.

The greatest arbitral precedent of recent history and one which we may hope will be followed in the future, as in effect we shall see it has been by Central America, is that offered by the treaty between Italy and the Argentine, dated July 23, 1898, by virtue of which the high contracting parties obligated themselves to submit to arbitral judgment all controversies between them of whatever nature and relating to any difficulty that could arise during the duration of the treaty and for which they had been unable to obtain an amicable solution by direct negotiations. We are compelled to note, however, that Italy and the Argentine by the later treaty of December, 1907, apparently limited their former treaty by excepting, as has been done by a number of other countries above noted, difficulties relating to the constitutional provisions in effect in one or the other State, but providing absolutely for juridical arbitration of all differences as to the application of conventions concluded or to be concluded betwen contracting States, or which relate to the interpretation or application of a principle of international law.

The arbitral treaties in which the Americas have been concerned have included almost every conceivable subject matter, internationally speaking, many of which, had the nations been so inclined, would have afforded a basis for war quite as valid as have ever come under the headings of honor, independence, or vital interests. There have been arbitrated, for instance, numberless boundary questions, claims for seizure of vessels, wrongful occupation of property, military acts, breaking of concessions and other contracts, disagreements involving interpretations of treaties, determination of the rights of nations under certain conditions to exercise control over the high seas, fisheries disputes, denial of justice, maritime captures, rights of neutrals, and an infinite variety of other subjects.

FORM AMERICAN ARBITRATIONS HAVE TAKEN.

The form which American arbitrations have taken has been various. In the beginning we have seen umpires chosen by lot, each of the contending parties nominating one of its own citizens or subjects. Later has come the naming of a foreign court or executive as the umpire, or the bestowal upon a foreign indifferent sovereign of the right to name the umpire. Again, the judges suggested by either party on coming together have had the right to choose another as their presiding officer.

In some instances, as in boundary disputes, the commissioners, after determining the underlying principles, have left to subordinate technical commissions the formal duty of establishing boundary points. In one instance, that of the Alaska boundary, we find an extraordinary tribunal created, consisting of an equal number of representatives of the contending nations, who determined by a majority vote where justice lay.

ADHESIONS TO THE HAGUE CONVENTIONS.

In other different ways the North and South American nations have expressed their adhesion to the policy of arbitration. The first Hague convention was signed by the United States and Mexico; the second by these countries and the Argentine, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Haiti, Nicaragua, Panama, Peru, Salvador, Uruguay, and Venezuela. The first case to be sent to The Hague Permanent Court of Arbitration was that of the Pious Fund between the United States and Mexico, followed shortly by the Venezuelan Preferential case, and later by others affecting South and North American countries. To the United States and Mexico belong the unique honor of opening The Hague Court, and their example as we see has met with repeated American approval.

CENTRAL AMERICAN COURT OF JUSTICE.

The frequent differences between Central American countries led to a Central American Peace Congress, held in Washington in November and December of 1907, the result of which was the signing of a convention providing for the establishment of a Central American court of justice. To this convention Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, and Salvador adhered. By its provisions the Central American Republics were bound to submit all controversies or questions which might arise among them, of whatsoever nature and no matter what their origin, in case the respective departments of foreign affairs should not have been able to reach an understanding.

The court was also authorized to take cognizance "of the questions which individuals of one Central American country may raise against any of the other contracting Governments, because of the violation of treaties or conventions, and other cases of an international character; no matter whether their own Government supports said claim or not; and provided that the remedies which the laws of the respective country provide against such violation shall have been exhausted or that denial of justice shall have been shown." It also gives jurisdiction over cases "arising between any of the Governments and individuals, when by common accord they are submitted to it," and to take cognizance "of any international question which by special agreement any one of the Central American Governments and a foreign Government may have determined to submit to it." Under this treaty a Central American court of justice was appointed, and a number of cases have been submitted and determined.

UNACCEPTED UNITED STATES ARBITRAL TREATIES WITH FRANCE AND ENGLAND.

Certain arbitral propositions of a distinct character have been entered into to which the United States was a party and which deserve attention. In 1911, treaties identical in purpose were prepared between the United States, on the one hand, and France and Great Britain, on the other, which failed to go into effect by reason of the fact that because of amendments made by the Senate they did not receive presidential sanction. By the terms of these treaties differences not possible of adjustment by diplomacy "relating to international matters in which the high contracting parties are concerned by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise, and which are justiciable in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law or equity, shall be submitted to the permanent court of arbitration established at The Hague by the convention of October 18, 1907, or to some other arbitral tribunal as may be decided in each case by special agreement, which special agreement shall provide for the organization of such tribunal, if necessary, define the scope of the powers of the arbitrators, the question or questions at issue, and settle the terms of reference and the procedure thereunder."

The treaty further provided for the institution of a "joint high commission of inquiry to which, upon the request of either party, shall be referred for impartial and conscientious investigation any controversy between the parties within the scope of Article I, before such controversy has been submitted to arbitration, and also any other controversy hereafter arising between them, even if they are not agreed that it falls within the scope of Article I; provided, however, that such reference may be postponed until the expiration of one year after the date of the formal request therefor, in order to afford an opportunity for diplomatic discussion and adjustment of the questions in controversy, if either party desires such postponement."

The Senate struck out the following proviso:

It is further agreed, however, that in cases in which the parties disagree as to whether or not a difference is subject to arbitration under Article I of this treaty, that question shall be submitted to the joint high commission of inquiry; and if all or all but one of the members of the commission agree and report that such difference is within the scope of Article I, it shall be referred to arbitration in accordance with the provisions of this treaty.

The effect of striking out this proviso was, of course, to leave it to each of the contracting parties to determine whether a dispute was in its nature justiciable, and thus deprive the treaty of a large part of its operative value. It is to be added that the Senate at the same time, in connection with each treaty and as interpretative of it, voted to insert the following proviso:

Provided, That the Senate advises and consents to the ratification of the said treaty with the understanding to be made part of such ratification that the treaty does not authorize the submission to arbitration of any question which affects the admission of aliens into the United States, or the admission of aliens to the educational institutions of the several States, or the territorial integrity of the several States, or the United States, or concerning the question of the alleged indebtedness or moneyed obligation of any State of the United States, or any question which depends upon or involves the maintenance of the traditional attitude of the United States concerning American questions, commonly described as the Monroe Doctrine, or other purely governmental policy.

RECENT PEACE TREATIES.

Confirmatory of the general attitude of the Americas as to the peaceful solution of international difficulties is their conduct with regard to the Bryan peace

treaties, as they are called. These treaties embodied an idea first elaborated by the recent Secretary of State, which idea received the emphatic indorsement of the President of the United States, and, under his direction, Mr. Bryan put it into effect. While some 30 treaties have already been signed, among the signatories being practically all of the nations south of us, actual exchanges have only taken place between the United States and 16 other nations, among others being Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, and Uruguay. These treaties constitute the last and greatest evidence that among the Americas the preservation of peace by every means humanly possible and the doing of justice as if between man and man are the paramount duties resting upon statesmen. They point the road directly toward arbitration and will accustom the minds of men more and more to think in terms of peace rather than in terms of war.

The CHAIRMAN. We now turn to another topic—namely, "What means should be provided and procedure adopted for authoritatively determining whether The Hague conventions or other general international agreements, or the rules of international law, have been violated? In case of violations, what should be the nature of the remedy and how should it be enforced?"—a great and burning question at the present time. I have the honor, first, to call upon Dr. Theodore S. Woolsey, formerly professor of international law in Yale University. Mr. Woolsey bears a name distinguished on both sides of the ocean in international law, and he has continued that distinction with undiminished luster. I have great pleasure in presenting him.

RETALIATION AND PUNISHMENT.

By THEODORE S. WOOLSEY,

Formerly Professor of International Law in Yale University.

Two years ago I could have said in this place without fear of contradiction that since the Napoleonic era, international law has mightily advanced in at least two particulars, the humanization of war and the rights of neutrals. Can one honestly say this to-day? We students of that law, watching with absorbed interest the events of the past 17 months, are substantially agreed, I think, that the two great protagonists of land warfare and of naval war, Germany and Britain, under the plea of military necessity, have violated practically every law which stood in their way. Neutral rights are no longer regarded. Undefended towns are bombarded from the air and from the sea. Destruction of private property as a war measure has been carried to an unexampled length. The noncombatant has been cruelly abused. Murder by submarine has become a commonplace. War has been carried into neutral territory. The world is full of plotting and espionage, of explosion and arson, of duplicity and treachery, of suffering and death. And civilization, which means the reign of law, sinks below this bloody horizon. Is it strange that we should be told that international law exists no longer?

A law unenforced does not survive. A criminal statute whose violation is never punished is worse than none. But when penalty follows violation, that law, no matter how often broken, is triumphant. So it is with the law of na-

tions. If those who have broken its rules are not called to account; if the government which offends can not be held responsible, then truly our law has broken down. If, on the contrary, somehow sooner or later, breaches of the law shall be punished and Governments can be made responsible for wrongdoing, then the law is vindicated.

A brief study, therefore, of the punishment of those offenses against the rules of war, which are commonly called war crimes, means more than the natural wish that illegalities or barbarities should be punished and thus checked. It involves the more fundamental belief that if, in spite of grave difficulties, trial and punishment can be judicially applied to such infractions of the laws of war, international law will be justified and civilization preserved.

At the outset I ask two concessions. First, that without argument I may disregard the German theory that Krieg's raison geht vor Krieg's recht, i. e., that military necessity, which is really military convenience, is paramount to law. It is to be remarked in this connection that if a stipulation agreed to and ratified by a State is held binding by that State only so long as seems convenient, then future stipulations by that State will not be credited without a guaranty. And second, I reject the theory, too often advanced to-day, that neutral rights can be lawfully qualified by the need of reprisals or of self-defense as between belligerents. Law is law and meant to be obeyed.

If disobeyed, how can it be enforced? There are two ways. If your enemy does certain things to you, you may do the same to him to prevent a repetition; or if he does certain wrongful acts, you may punish the wrongdoer. The two ways, then, are retaliation and punishment.

The rules authorizing retaliation for violation of the laws of war are vague and ill-defined, nevertheless operative. Lieber, in his codification of the law governing land warfare, issued to the Northern Army in 1863, states the principle thus:

§ 27. The law of war can no more wholly dispense with retaliation than can the law of nations, of which it is a branch, yet civilized nations acknowledge retaliation as the sternest feature of war. A reckless enemy often leaves to his opponent no other means of securing himself against the repetition of barbarous outrage.

§ 28. Retaliation will therefore never be resorted to as a measure of mere revenge, but only as a means of protective retribution, and moreover cautiously and unavoidably; that is to say, retaliation shall only be resorted to after careful inquiry into the real occurrence, and the character of the misdeeds that may demand retribution. Unjust or inconsiderate retaliation removes the belligerents farther and farther from the mitigating rules of regular war, and by rapid steps leads them nearer to the internecine wars of savages.

What did Lieber mean by "protective retribution?" Perhaps his section 62 will help to make this clear: "All troops of the enemy known or discovered to give no quarter in general, or to any portion of the army, receive none."

Yet at the capture of Fort Pillow in 1864, although according to Rhodes, some of the black troops were refused quarter and shot after surrender, there was no retaliation. Lincoln, however, threatened retaliation upon Confederate prisoners if the South put a law into effect refusing quarter to negro troops and their white officers.

Although the original wrongdoer is the one to whom retaliation will naturally be applied, it need not be limited to him. Lieber section 59:

A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captor's army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities. All prisoners of war are liable to the infliction of retaliatory measures.

These rules, drawn up by the distinguished German-American publicist, are thus fully given, because upon his code subsequent codes were based, but, alas, neither the Brussels nor Hague rules for land warfare treat of retaliation at all. The Russian draft in 1874 had proposed, as quoted by Oppenheim: (1) that reprisals should be admitted only in extreme cases of absolutely certain violations of the rules of legitimate warfare; (2) that the acts performed by way of reprisals must not be excessive, but in proportion to the respective violations; (3) that reprisals should be ordered by commanders in chief only; but the subject was dropped. Presumably it was too difficult, too delicate a matter to be discussed with any hope of agreement.

The Oxford Code, adopted by the Institute of International Law in 1880, embodies these rules, adding that reprisals are prohibited if reparation is made, and that they must respect the laws of humanity and morality. This code, as you know, is an academic performance only, and its treatment of retaliation is vague. Nor have the text writers, as individuals, been much more explicit. Some follow Lieber textually, others add each some significant thought, others still are silent, which leads Oppenheim in 1906 to say: "Writers on the law of nations have hitherto not systematically treated of the question of war crimes and their punishment." I quote a few sentences from publicists of repute.

Holland in his War Code (p. 46) writes: "Reprisals need not resemble in character the offense complained of. They may be exercised against persons or property. Punishment of the real offender must be unattainable." And as examples of extreme reprisals he cites the execution of prisoners and the destruction of villages on account of offenses committed in them.

Lüder says: "If the violations of the laws of war by the enemy were passed without retaliation, a belligerent would be at a disadvantage and worse off than his enemy who was guilty of the violation," which is hardly a lofty sentiment. And elsewhere Prof. Lüder, quoted by Westlake, writes: "According to known maxims, nonfulfilment by one party deprives that party of the right to claim fulfilment by the other."

Westlake himself treats of retorsion temperately and sanely:

> Retorsion in war is the action of a belligerent against whom a law has been broken, and who retorts by breaking the same or some other law in order to compensate himself for the damage which he has suffered and to deter his enemy from continuing or repeating the offense. Where the same law is broken, the proper term is retaliation, but there is no difference of principle between the cases, and the term retorsion covers both. . . . But the immediate sufferers from retorsion are hardly ever the persons who were guilty of the offense which called for it.

Now add American opinion to German and British. Snow, in his excellent Manual for our Navy (p. 93) declares that "where the offending person or persons can not be reached, and if the enemy refuses or neglects to bring him to trial or punishment, the belligerent has the right of retaliation. It should not be resorted to until an opportunity is afforded the enemy for explanation or redress. If possible the retaliation should be in kind, unless the action of the enemy is in gross violation of the dictates of humanity and of civilized warfare."

If we attempt to deduce from opinions like these the rules which should govern this form of reprisals, they would be something like the following: You may penalize one illegality by committing another; you should try to retaliate upon the persons guilty of the infraction; failing this, and if the other belligerent will not punish his own, you may do to any of your enemies what they have done to you. This includes prisoners.

Two illustrations of the working of these rules in the present war are reported—namely, the harsher treatment of French prisoners in German hands to penalize the alleged unhealthful employment of German captives in North Africa, and the use of asphyxiating gas in retaliation for its use by Germany.

Plainly these rules are open to criticism. For one thing, they may be one sided, because the physical power to carry them out may be wanting. If Germany uses asphyxiating gases in war with Serbia, how can Serbia retaliate? How could the Boers reply to British devastation by wasting England?

Again, being founded upon a reciprocal illegality, they disturb the mind, though this may be balanced in some cases by their furnishing a speedy, spectacular, and workable remedy for a wrong. They are confessedly very limited in application. If State A permits or orders its soldiers to terrorize a population by violence to women, by killing noncombatants or shielding a body of men behind them, by waste and destruction of property, retaliation by B is neither logical nor civilized. If A bombards Rheims cathedral, shall B knock down the cathedral of Cologne?

In this lack of authoritative rules let us try to apply right reason with future legislation in view. May we not say, for instance, that retaliation should only apply to the person, only to combatants, only to serious offenses, only after careful investigation, and only when those committing or ordering the offense are out of reach. Even so, we shall be in danger of drifting into Lieber's "internecine war of savages."

Take a hypothetical case. Submarine attack upon a merchant ship without warning and care for its occupants, in the opinion of most of our body, is murder. Who is guilty? The man higher up who devised and ordered it? He is out of reach. Therefore a prisoner shall pay the penalty in his place. What prisoner is so suitable as the guilty man's son, and so Von Tirpitz, the son, is hanged for his father's crime. All this is in accord with the rules. But one may be very sure that several English prisoners would be made to atone for Von Tirpitz's death, and so on in deadly reciprocity. When the first submarine captives were set apart in England as if for special treatment, a similar number of English prisoners in Germany was segregated, awaiting details. It was inevitable.

And, therefore, I would add to the rules governing retaliation the suggestion that evidence of the offense complained of be laid before some neutral body whose verdict alone should authorize the injured belligerent to undertake the retaliating act. Subject to this condition, retaliation to punish certain offenses and prevent their repetition is a just, prompt, and effective weapon.

In most cases, however, crime should be punished, not by another crime, but by ferreting out, trying, and punishing the criminal, which brings me to the second head, the punishment of war crimes.

Simple crimes of pillage, of lust, of arson, and of violence, committed by soldiers, with no military object, should be tried and punished by their own authorities, and this is usually the case, if for no other reason, because without such discipline a force soon loses value. If unpunished, the perpetrators if known and captured may be punished by an enemy. A certain quantity of such crime seems inseparable from war. These, however, are but a small fraction of the violations of the rules of civilized war, of which the victims have a right to complain.

There may be destruction of property out of all proportion to the alleged act which it is intended to penalize.

There may be slaughter of wounded or refusal of quarter in accordance with orders.

There may be new and illegal methods of destruction, or the deliberate breach of old rules.

There may be calculated terrorism.

In such cases it is the principal rather than the agent, or along with the agent, who most deserves punishment. Unfortunately it will not always happen that the fortune of war makes the punishment of such principal a practicable thing. Are we to be content with the punishment of vanquished delinquents only? That would be one-sided justice.

Moreover, the definition of war crimes; the penalty due for property damage as well as for damage to the person; the ascertainment of fact when atrocities are charged; the treatment of prisoners; the intent and justification when religious, educational or charitable institutions are bombarded: these and other questions are too delicate, too intense for ex parte determination. They require the judicial attitude as well as the judicial mind.

And so the conclusion is reasonable that the whole matter of trying and punishing war crimes should, if possible, be placed in neutral hands. That is, that an international court, perhaps through its own referees and assessors, in accordance with a system previously agreed to in treaty form, should on complaint, investigate, judge, and affix the penalty to crimes, the said penalty to be executed by that belligerent which happened to have the body of the delinquent in its power.

Two basic theories of punishment are suggested as reasonable: (1) Crimes against the person shall meet with personal penalties—imprisonment or death; while crimes involving property shall be punished by fine, individual or national. (2) The scale of penalty shall be that fixed by the penal law of the country of the accused. The distinction between crimes against the person and crimes involving property damage seems to me fundamental. To kill one's own soldiers for looting may be essential to military discipline and therefore necessary. But the object which we are contemplating is not military efficiency. It is the protection of the noncombatant from abuse and of the person of the combatant from illegal methods of war. The problem therefore approximates a civil rather than a military character. To reckon illegal property damage in terms of imprisonment or death, and conversely to punish personal damage (sniping or railway wreck, for instance) in terms of property destruction, seems to me both illogical and unjust. The ideal is to punish violators of the laws of war and so prevent a repetition of the offense. If you punish murder by death, devastation by national indemnity, and minor property damage by personal fine, assessing such penalties as the civil and criminal laws of the accused require, are you not most likely to attain this ideal? And, if practicable, crimes should be tried by this international court in the midst of arms, without waiting for the return of peace. Something like this was the suggestion of the Carnegie Commission to inquire into the atrocities of the Balkan wars, a committee of inquiry to accompany belligerent forces, the details of the scheme not being worked out.

Whether such an international court in the heat of conflict or even after a war could be made workable, could really gather evidence, could have its jurisdiction respected, its penalties enforced, is of course uncertain. Even if agreed to in time of peace, what assurance could we have that in the passion of war it would be respected? Would public opinion be a strong enough backing? Should pledges of property be given in anticipation? Where should the power and duty of executing the law reside? Such questions are easy to ask, but hard to solve. I am only outlining an ideal. Nevertheless, unless something like this ideal is realized we may well despair of the future of international

law as relating to war. Punishment must follow crime with sufficient certainty to impress the criminally inclined. Punishment of the vanquished only, though better than nothing, fails of this certainty. It will be interpreted as revenge. Punishment of law breakers amongst the victors, as human nature goes, is unlikely except through neutral agencies.

The CHAIRMAN. We will continue the discussion of the topic before us, and I have pleasure in calling upon Mr. Edward A. Harriman, of the bar of New Haven, Conn., formerly of the law faculty of Northwestern University, and of the faculty of Yale University, and one who has been conspicuously identified with the international law societies of both this country and Europe.

WHAT MEANS SHOULD BE PROVIDED AND PROCEDURE ADOPTED FOR AUTHORITATIVELY DETERMINING WHETHER THE HAGUE CONVENTIONS OR OTHER GENERAL INTERNATIONAL AGREEMENTS, OR THE RULES OF INTERNATIONAL LAW, HAVE BEEN VIOLATED?

By EDWARD A. HARRIMAN,
Of the Bar of New Haven, Conn.

The simplest way to answer this question is to ask another: What means exist and what procedure has been adopted for authoritatively determining whether any agreement, or any rule of law, has been violated? The means ordinarily provided is a judicial tribunal and the procedure adopted is a judicial procedure. The means, therefore, for determining whether an international agreement or a rule of international law has been violated should be a court, and the procedure before that court should be judicial procedure. It must be noted that so far as persons within the jurisdiction of the United States are concerned the courts and the procedure already exist for the determination of questions of international law. To quote from one of our most distinguished American jurists, Simeon E. Baldwin,[1]

> We were the first power to recognize in the Constitution of our Government the existence of such a thing as international law and the duty of enforcing it. That instrument, it will be recollected, declares that Congress shall have power to define and punish "offenses against the law of nations." Under this provision our Supreme Court has said: "A right secured by the law of nations to a nation or its people is one the United States as the representatives of the nation are bound to protect." It is not necessary for Congress in passing a statute to punish an offense against that law, to declare it to be an offense against it. That it is such an offense is to be determined by reference to the law of nations itself. Congress simply gives it a further buttress.
>
> Whatever international law may mean to other peoples, therefore, to us it is and always has been an acknowledged body of authoritative rules entitled to enforcement by the United States.[2]

The Constitution of the United States is, of course, subject to amendment, and the proposition laid down by Mr. F. E. Smith in his International Law (fourth edition, p. 15) that "international law is not administered by municipal tribunals unless it has been adopted by the State legislature, and such adoption

---

[1] American Bar Assn. Journal, I, 521.

[2] See The Paquete Habana, 175 U. S., 677, 700; Hilton v. Guyot, 159 U. S., 113, 163; U. S. v. Arizona, 120 U. S., 487, 488.

will not be presumed," holds good even in this country; but the adoption by the people as the supreme legislative body in their organic law, the Federal Constitution, of international law as part of the municipal law of the United States was not a temporary adoption, but, as we believe, an adoption for all time. This adoption is a self-imposed limitation on the rights of the United States as a sovereign power. With the independence of our three departments of government it may be that the executive or the legislative department can violate the rules of international law without effective interference by the judicial department, but the control which the judicial department in any case can exercise over the executive or legislative depends not upon the physical force of the nine men who constitute the Supreme Court of the United States, but upon the force of the popular will which supports the powers of the judiciary. Our sovereign, the people, voluntarily recognizes the obligations of international law. Other sovereigns, less humble, may or may not do the same. When the sovereign is an individual monarch ruling by divine right and speaking in his edicts as the mouthpiece of the Almighty, recognition of international law as limiting his freedom of action might be embarrassing. To a free people, however, with a democratic government, the assertion of rights under international law and the acceptance of obligations under the same law are inseparable acts essential for the preservation of the reign of law upon which, as opposed to the reign of force, free civilization must always depend.

Conceding, then, that international law in any country depends for its effect upon its adoption by the municipal law of that country, there is no inherent obstacle to the adoption by all free countries of international law as a part of their municipal law. It is probable that all of the American republics could be induced to follow the example of the United States in this respect, if they have not already done so, and it does not seem at all impossible that England, France, and several of the smaller European countries should follow suit. The mere adoption, however, of the rules of international law as part of the municipal law of various nations will have but limited practical results. The courts of the different nations would disagree as to what those rules are, and to establish a uniform rule, a supreme judicial tribunal would be necessary. It seems entirely out of the question at the present time to constitute a tribunal having the broad powers with reference to nations which the Supreme Court of the United States has with reference to the States. It was difficult enough for the American colonies, speaking the same language and inheriting the same institutions, to form a federal government. It seems out of the question for nations with different languages and different institutions to abdicate their sovereignty so far as to create any supreme federal tribunal. It is not an impossible thing, however, for nations which disagree to submit by treaty particular controversies to the judicial determination of a tribunal selected for that purpose. Plans for the organization of such a tribunal have not fully matured and have been postponed by the great war.

There are some people who are now making very merry over what seems to them the absolute failure of all attempts at the settlement of international controversies in a peaceful manner. "Inter arma silent leges" is an ancient maxim which is proving all too true, but there never was any such maxim and never will be as "Post arma silent leges," which seems to be the creed of some of the worshippers of Mars. The existence of law is not disproved by the violation of the law. This is the true answer to those who say that there is no international law, and yet, we Anglo-Saxon lawyers are by tradition impatient with any theories of law that have no practical application. "Ubi jus, ubi remedium," is the basis of the reasoning of the lawyer, as distinguished

from that of the philosopher. Our jurisprudence has developed, not from principle, but from procedure. The evolution of rights has followed the evolution of writs. We demand, therefore, that if international law is to mean anything there shall be some practical redress for those who are injured by its violation.

It is needless here to elaborate all the arguments which have been made and which the American Society for the Judicial Settlement of International Disputes has done so much to promulgate to show that it is perfectly possible for nations to agree upon the organization of a judicial tribunal and to agree to submit for the determination of that tribunal specific controversies to be determined according to rules of law agreed upon to govern the tribunal. Beyond this we can not as yet go, but certain further steps in the same direction are possible and desirable. The first is an agreement upon an international code or upon portions of an international code by as many nations as possible. When the principles of law which are to govern the controversy are agreed upon it will be easier in the first place for the parties themselves to settle the controversy by agreement upon the application of those rules to the particular case; and, in the second place, if they can not agree as to the result, to agree that an impartial judicial tribunal shall apply the rules of law to the facts of the particular controversy.

Another step in advance which is not at all impossible is an agreement upon a court or a permanent organization from which in some manner the judges of the particular controversy shall be chosen, perhaps as a struck jury is chosen, by striking from the panel those to whom the other party objects. Instead of beginning with the ideal of a federation of the world, a parliament of man and a supreme court of humanity, we must begin with the particular and the specific if we are to accomplish anything of important practical value. Probably a code of international law for the world is out of reach at the present time or in the near future, but it is by no means certain that a code of international law for the American republics is out of reach, or that the labors of those jurists who are now at work on such a code will prove in vain.

The Hague court of arbitral justice at the present time is hidden by the battle smoke that floats so near the Palace of Peace, but a Pan American court for the decision of controversies between American Republics does not seem to be an empty dream. At present we are witnessing in Europe not simply a war of great powers, but a war of ideals. It is one of the great crises of the world's history when the struggle is not merely between nations at war, but between creeds—the creed of the freebooter, "The good old creed, the simple plan, that he should take who has the power, and he should keep who can," and the creed of the lawyer that the power of the sword exists for the protection of human rights, which the sword may destroy but does not create. The most pacific advocate of the reign of law does not despise the protection of a policeman against the highwayman, but he does not bow down and worship the policeman, nor does one who advocates adequate preparation for national defense thereby become, as some would have us think, a believer in militarism.

The essential limitations on the jurisdiction of any international court are sometimes overlooked by those who advocate the creation of such a court. Certain positions not recognized as part of international law have been taken as a matter of policy by particular nations from self-interest or from a desire for self-preservation. It is too much to expect that these nations will agree to abandon claims which they have thus made simply because such claims are not consonant with the general principles of international law. Thus, for example, the Monroe doctrine of the United States is a doctrine in support of which the United States in the past has been willing to fight. If the United States should

become either too proud or too humble to fight for the Monroe doctrine, that doctrine will disappear; but so long as the United States is prepared to exercise force in support of that doctrine, as it has been in the past, the doctrine becomes an important factor in international relations although it is not a rule of international law.

Another inherent limitation on the jurisdiction of the international court is the fact that the doctrine of the equality of States is a fiction. "This fiction," says Mr. F. E. Smith, "has no doubt reacted upon international sentiment, and in this way prevented much wrongful aggression, but it must be noted that it has little correspondence with the facts of international life." The States of the American Union are all equal before the law, and their equality, except perhaps temporarily in the South during the reconstruction period after our Civil War, has never been denied. The States are equal before the law—that is to say, when they appear before the United States Supreme Court, no State can claim any peculiar right or privilege as against any other State. The States are not equal, however, in legislative power, for although by the Constitution they are given equal representation in the Senate, representation in the House of Representatives is based substantially upon population.

By analogy it may be possible to agree that so far as the application of conceded rules of international law is concerned, great States and small shall be upon an equality before an international tribunal. Clearly, however, it is impossible that in the determination of what the rules of international law are which shall be applied by any international tribunal, weak States shall be upon an equality with the strong. Weak States in fact have been deprived in many instances of what are asserted to be the normal rights of a State, either with or without their consent. Belgium, Luxemburg, and Switzerland have been neutralized and thereby deprived of the theoretical right to make war and to enter into any political alliance with other States. Cuba has been placed by the Platt amendment under the protection of the United States with reference to its foreign relations. The Monroe doctrine asserts the right of the United States to prevent colonization in this hemisphere by any European power, and the appropriation by any European power of additional territory in this hemisphere. It thereby operates as a limitation upon the right of European powers to acquire territory and upon the right of other American powers to dispose of territory to such European powers. With reference to the application of the Monroe doctrine to the controversy between Venezuela and Great Britain, an English critic says with reference to our claims:

> If the claims then made are sanctioned by acquiescence so as to become a portion of international law, the doctrine of equality may be finally banished from our text books to be replaced by a legal hegemony on the part of the United States over the whole of the American continents.

At the time of the present Pan American Congress it seems appropriate to point out that the Monroe doctrine as enunciated by President Monroe was not simply in the interest of the United States, but in the interest of all American States. If the assertion of the Monroe doctrine at the present time gives offense to our Latin-American neighbors, some of whom have increased and prospered so greatly since its original promulgation, it should be remembered that it is the assertion of that doctrine by the United States which has operated for the protection of the weaker American Republics against the greater strength of the European powers. The remedy, therefore, for any dissatisfaction on the part of our neighbors is not the abandonment of the Monroe doctrine by the United States, but the joinder of the other American Republics as parties to that doctrine so that it shall become not simply an American, but a Pan American doctrine for the protection of the Western Hemisphere.

This paper was prepared some weeks ago, and the fact that since it was written the suggestion above made has received the strongest support in official quarters should not be overlooked. Whether the Monroe Doctrine was English, or American, or Pan American in its origin, is a question which may be left to historians to discuss, but the incalculable benefit of that doctrine to every nation in the Western Hemisphere has been made so obvious by the present European war that the future of that doctrine as a permanent Pan American doctrine seems assured.

The practical steps to be taken in answer to the question asked at the beginning of this paper, are as follows:

First. As soon as the present war is over, a serious effort should be made to complete the organization of the permanent judicial court at The Hague.

Second. A code of international law should be prepared to which the consent of as many nations as possible should be obtained, and this consent should be in the form of a treaty providing that as between the nations consenting to any particular article, that article shall constitute the law on that point in any dispute between such nations. "The most certain guide, no doubt," says Mr. Justice Gray, in Hilton *v.* Guyot 159 U. S., 113, 163, "for the decision of such questions, is a treaty or statute of this country."

Third. Without going into details, the procedure before the permanent judicial court should be judicial in character. Here there is great room for the work of experts in devising a form of procedure which shall be reasonably intelligible and satisfactory to those lawyers and judges who are familiar with common law procedure, on one side, and to those who are familiar with the civil law procedure on the other. Certain rules, as general as possible, should be laid down, and in other respects the details of procedure should be left, as far as possible, to the agreement of the parties.

Fourth. Where the parties have not agreed upon the rule of international law to be applied to the particular case, either by adherence to a general code or by a specific treaty, like the treaty of Washington which fixed the law for the arbitration of the *Alabama* claims made by the United States against Great Britain, the parties should be permitted to submit to the tribunal itself the determination of what the rules of international law are upon the question involved.

It will be noted that all these suggestions proceed upon the theory of the voluntary submission by the parties to a judicial determination of the controversy between them, and the criticism will undoubtedly be made that these suggestions fail to provide for the prevention of war because the parties may not agree to submit to a judicial decision. The answer to this criticism is simply that war can not be prevented by lawyers and that it has not yet been prevented even by the clergy. The Constitution of the United States provided the most perfect judicial machinery for the settlement of controversies between the different States. No body of lawyers or jurists can hope to provide a more perfect system for the settlement of international disputes. Have we ever had greater statesmen than those who framed the Constitution of the United States? And yet, within 75 years from the time that Constitution took effect, the descendants of its framers were engaged in killing each other with a devotion and enthusiasm not surpassed by that of their ancestors. To expect that we lawyers can do for the world, made up of varied races, what our ancestors could not do for their own descendants having the same blood and speaking the same language, is to dream peacefully of Utopia.

On the other hand, to assert that our work as lawyers must be barren of result in international affairs, and that attempts to secure a judicial set-

tlement of international disputes are useless because all Europe is at war, is as unreasonable as to declare that the United States Supreme Court is a useless institution because it could not prevent the war between the States. We should face our task as lawyers, owing a duty to our country and to the world, avoiding on the one hand the presumption of exaggerating the nature of our task and, on the other, the folly of refusing to do what we can, simply because we can not do all that we might wish.

If this paper fails to answer the second question set for discussion this morning, "In case of violations of international law, what should be the nature of the remedy, and how should it be enforced?" it is for two reasons: First, limitation of time, and second, the fact that as against the nation violating rules of international law and refusing to submit to a judicial decree fixing the consequences of that violation, there is only one remedy, that of force. How that force should be organized and to what extent the injured nation should receive the assistance of other nations as against the violator of the law, is a matter which is not yet ripe for discussion from a legal standpoint, but at present falls wholly within the domain of international politics and diplomacy.

The CHAIRMAN. The following papers will be read by title:

Actitud de las naciones americanas hacia el arbitraje y el arreglo pacífico de las disputas internacionales, by Eusebio Bracamonte.

Arbitraje internacional y codificación del derecho internacional, by Antonio Madrid.

La actitud de los países americanos hacia el arbitraje internacional y el arreglo pacífico de las disputas internacionales, by Francisco Capella y Pons.

Actitud de Colombia hacia el arbitraje internacional y el arreglo pacífico de las disputas internacionales, by Arcesio Penagos y R.

Du droit à la securite de la navigation en haute mer pour tous les citoyens des pays Américains, by A. Cesar.

ACTITUD DE LAS NACIONES AMERICANAS HACIA EL ARBITRAJE Y EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES.

Por EUSEBIO BRACAMONTE,

Presidente de la Cámara de Segunda Instancia de la Sección Occidental de El Salvador.

I. ARBITRAJE INTERNACIONAL Y OTROS MEDIOS PACÍFICOS DE EVITAR LA GUERRA.

El 2 de octubre de 1889, por invitación del Gobierno de Estados Unidos de América, se reunió en Wáshington la Primera Conferencia Internacional Americana, en la cual tomaron parte todas las naciones del Continente, excepto Santo Domingo, con el objeto de discutir y recomendar a la adopción de los respectivos Gobiernos algún plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que pudieran en lo futuro suscitarse entre ellos; tratar materias relacionadas con el incremento del intercambio mercantil y de los medios de comunicación directa entre dichos países; estimular relaciones comerciales que puedan ser

recíprocamente provechosas para todos; y considerar otras materias relacionadas con la prosperidad de los diversos Estados representados en la Conferencia.

Las ilustres Delegaciones de Norte, Centro y Sud-América, al tratar del vital asunto de arbitraje internacional, adoptaron la conclusión que con su preámbulo dice así:

Creyendo que la guerra es el medio más cruel, el más incierto, el más ineficaz y el más peligroso para decidir las diferencias internacionales;

Reconociendo que el desenvolvimiento de los principios morales que gobiernan las sociedades políticas, ha creado una verdadera aspiración en favor de la solución pacífica de aquellas disidencias:

Animadas por la idea de los grandes beneficios morales y materiales que la paz ofrece a la humanidad, y confiando en que la condición actual de sus respectivos países es especialmente propicia para la consagración del arbitraje en oposición a las luchas armadas;

Convencidas por su amistosa y cordial reunión en la presente Conferencia, de que las naciones americanas, regidas por los principios, deberes y responsabilidades del Gobierno democrático, y ligadas por comunes, vastos y crecientes intereses, pueden dentro de la esfera de su propia acción, afirmar la paz del Continente y la buena voluntad de todos sus habitantes;

Y reputando de su deber prestar asentimiento a los altos principios de paz que proclama el sentimiento ilustrado de la opinión universal;

Encarecen a los Gobiernos que representan, la celebración de un tratado uniforme de arbitraje sobre las bases siguientes:

Artículo 1. Las Repúblicas de Norte, Centro y Sud-América, adoptan el arbitraje como principio de derecho internacional americano para la solución de las diferencias, disputas o contiendas entre dos o más de ellas.

Art. 2. El arbitraje es obligatorio en todas las cuestiones sobre privilegios diplomáticos y consulares, límites, territorios, indemnizaciones, derechos de navegación, y validez, inteligencia y cumplimiento de tratados.

Art. 3. El arbitraje es igualmente obligatorio, con la limitación del artículo siguiente, en todas las demás cuestiones no enunciadas en el artículo anterior, cualesquiera que sean su causa, naturaleza u objeto.

Art. 4. Se exceptúan únicamente de la disposición del artículo que precede, aquellas cuestiones que, a juicio exclusivo de alguna de las naciones interesadas en la contienda, comprometen su propia independencia. En este caso, el arbitraje será voluntario de parte de dicha nación, pero será obligatorio para la otra parte.

Art. 5. Quedan comprendidas dentro del arbitraje, las cuestiones pendientes en la actualidad, y todas las que se susciten en adelante, aun cuando provengan de hechos anteriores al presente Tratado.

Art. 6. No pueden renovarse, en virtud de este Tratado, las cuestiones sobre que las partes tengan celebrados ya arreglos definitivos. En tales casos, el arbitraje se limitará exclusivamente a las cuestiones que se susciten sobre validez, inteligencia y cumplimiento de dichos arreglos.

Art. 7. La elección de árbitros no reconoce límites ni preferencias. El cargo de árbitro puede recaer, en consecuencia, sobre cualquier gobierno que mantenga buenas relaciones con la parte contraria de la nación que lo escoja. Las funciones arbitrales pueden también ser conferidas a los Tribunales de Justicia, a las corporaciones científicas, a los funcionarios públicos y a los simples particulares, sean o no ciudadanos del Estado que los nombre.

Art. 8. El Tribunal puede ser unipersonal o colectivo. Para que sea unipersonal, es necesario que las partes elijan el árbitro de común acuerdo. Si fuere colectivo las partes podrán convenir en unos mismos árbitros. A falta de acuerdo, cada nación que represente un interés distinto, tendrá derecho de nombrar un árbitro por su parte.

Art. 9. Siempre que el tribunal se componga de un número par de árbitros, las naciones interesadas designarán un árbitro tercero para decidir cualquier discordia que ocurra entre ellos. Si la naciones interesadas no se pusieren de acuerdo en la elección del tercero, lo harán los árbitros nombrados por ellas.

Art. 10. La designación y aceptación del tercero, se verificarán antes de que los árbitros principien a conocer del asunto sometido a su resolución.

Art. 11. El tercero no se reunirá con los árbitros para formar Tribunal, y su encargo se limitará a decidir las discordias de aquellos, en lo principal y en los incidentes.

ART. 12. En caso de muerte, renuncia o impedimento sobreviniente, los árbitros y el tercero serán reemplazados por otros nombrados por las mismas partes y del mismo modo que lo fueron aquellos.

ART. 13. El Tribunal ejercerá sus funciones en el lugar designado por las partes; y si ellas no lo designaren, o no estuvieren de acuerdo, en el que el mismo Tribunal escogiere al efecto.

ART. 14. Cuando el Tribunal fuere colegiado, la acción de la mayoría absoluta no será paralizada o restringida por la inasistencia o retiro de la minoría. La mayoría deberá por el contrario, llevar adelante sus procedimientos y resolver el asunto sometido a su consideración.

ART. 15. Las decisiones de la mayoría absoluta del Tribunal colectivo, constituirán sentencia así sobre los incidentes como sobre lo principal de la causa, salvo que el compromiso arbitral exigiese expresamente que el laudo sea pronunciado por unanimidad.

ART. 16. Los gastos generales del arbitramento serán pagados a prorrata entre las naciones que sean partes en el asunto. Los que cada parte haga para su representación y defensa en el juicio, serán de su cuenta.

ART. 17. Las naciones interesadas en la contienda formarán, en cada caso, el tribunal arbitral, de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos precedentes. Sólo por mutuo y libre consentimiento de todas ellas, podrán separarse de dichas disposiciones para constituír el Tribunal en condiciones diferentes.

ART. 18. Este Tratado subsistirá durante veinte años, contados desde la fecha del canje de las ratificaciones. Concluído este término, seguirá en vigor hasta que alguna de las partes contratantes notifique a las otras su deseo de que caduque. En este caso, continuará subsistente hasta que trascurra un año desde la fecha de dicha notificación.

Es entendido sin embargo, que la separación de alguna de las partes contratantes, no invalidará el Tratado respecto de las otras partes.

ART. 19. Este Tratado se ratificará por todas las naciones que lo aprueben, conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales; y las ratificaciones se canjearán en la ciudad de Wáshington, el día 1° de mayo de 1891, o antes, si fuere posible.

Cualquiera otra nación puede adherirse a este Tratado y ser tenida como parte en él, firmando un ejemplar del mismo, y depositándolo ante el Gobierno de los Estados Unidos, el cual hará saber este hecho a las otras partes contratantes.

También dictó la Primera Conferencia Internacional Americana las importantes resoluciones que siguen:

Considerando. Que habiendo recomendado esta Conferencia el arbitraje para la decisión de las disputas entre las Repúblicas de América, se permite expresar el deseo de que las controversias entre ellas y las naciones de Europa sean decididas por el mismo medio amistoso.

La Conferencia recomienda además, que los respectivos Gobiernos de las naciones en ella representadas, comuniquen este voto a todas las potencias amigas.

Considerando, Que la Conferencia Internacional Americana no llenaría la parte más elevada de su misión si se abstuviera de consagrar sus aspiraciones pacíficas y fraternales por medio de declaraciones que consoliden los vínculos nacionales y afiancen las relaciones internacionales de todos los Estados del Continente:

Resuelve, Encarecer a los Gobiernos representados en ella, la adopción de las siguientes declaraciones:

Primera. El principio de conquista queda eliminado del Derecho público americano, durante el tiempo que esté en vigor el Tratado de Arbitraje.

Segunda. Las cesiones de territorios que se hicieren durante el tiempo que subsista el Tratado de Arbitraje, serán nulas, si se hubieren verificado bajo la amenaza de la guerra, o presión de la fuerza armada.

Tercera. La nación que hubiere hecho tales cesiones, tendrá derecho para exigir que se decida por arbitramento acerca de la validez de ellas.

Cuarta. La renuncia del derecho de recurrir al arbitraje, hecha en las condiciones del artículo segundo, carecerá de valor y eficacia.

A iniciativa del Delegado del Salvador, Dr. Jacinto Castellanos, secundado noblemente por el honorable Secretario de Estado de Estados Unidos, Mr. James G. Blaine, se celebró un tratado ad referendum por los representantes de Bolivia,

Brasil, Estados Unidos, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua y El Salvador, tratado en el cual se estipularon los mismos principios consignados en la recomendación sobre arbitraje; y si no se tomó una resolución colectiva sobre el particular, fué porque, habiéndose hecho la proposición en una de las últimas sesiones de la Conferencia, no hubo ya tiempo de tramitarla conforme al Reglamento.

La Segunda Conferencia Internacional Americana celebró sus sesiones en México a principios de 1902, y en ella estuvieron representadas diecisiete naciones de América. No concurrieron el Brasil, Cuba y Venezuela y no existía entonces Panamá como Estado independiente.

Esta Conferencia no dictó ninguna resolución especial sobre arbitraje; pero entre los Delegados de la Argentina, Bolivia, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, México, Paraguay, Perú, y Uruguay se celebró un Tratado de arbitraje obligatorio, análogo al celebrado por nueve Delegaciones a la Primera Conferencia Americana, estipulándose que en virtud de la facultad que reconoce el artículo 26 de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, firmada en La Haya en 29 de julio de 1899, las Atlas Partes Contratantes convienen en someter a la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje que dicha convención establece, todas las controversias a que se refiere el Tratado, a menos que alguna de las partes prefiera que se organice una jurisdicción especial, y que en caso de someterse a la Corte Permanente de La Haya, aceptan los preceptos de la referida Convención, tanto en lo relativo a la organización del Tribunal Arbitral, como respecto a los procedimientos a que éste haya de sujetarse.

Contiene el tratado, importantes estipulaciones sobre los buenos oficios o la mediación de una o más potencias amigas y sobre el establecimiento de Comisiones Internacionales de Investigación para dar solución satisfactoria a las contiendas que puedan ocurrir entre dos o más de las Altas Partes Contratantes, adoptando sobre esta materia los mismos principios que establece la Convención de la Primera Conferencia de Paz de la Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

Además, en la Convención celebrada por la Conferencia sobre reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios, se estipuló que las controversias de esta naturaleza que no puedan resolverse amistosamente por la vía diplomática, se decidan por arbitraje, sometiéndolas a la Corte Permanente de La Haya, a menos que ambas partes prefieran organizar una jurisdicción especial; aceptando en caso de someterse a la Corte de La Haya los preceptos de la Convención respectiva, en lo relativo a la organización del Tribunal Arbitral, respecto a los procedimientos a que éste haya de sujetarse y en cuanto a la obligación de cumplir el fallo.

El período de duración de la Convención de que se trata fué ampliado hasta el 31 de diciembre de 1912, en virtud de Convención celebrada por la Tercera Conferencia Internacional Americana.

En la Tercera Conferencia Internacional Americana, reunida en Río de Janeiro en 1906, estuvieron representadas 19 naciones del Continente. No asistieron Haití y Venezuela.

Esta conferencia adoptó la resolución siguiente:

Ratificar la adhesión al principio de arbitraje; y, a fin de hacer práctico tan elevado propósito, recomienda a las Naciones representadas en ella, que den instrucciones a sus delegados a la Segunda Conferencia de La Haya para que procuren que en esa Asamblea, de carácter mundial, se celebre una Convención General de Arbitraje, tan eficaz y definida que, por merecer la aprobación del mundo civilizado, sea aceptada y puesta en vigor por todas las naciones.

El 12 de julio de 1910 se reunió en Buenos Aires la Cuarta Conferencia Internacional Americana, a la cual asistieron veinte Repúblicas de América, faltando únicamente Bolivia.

Ya el asunto del arbitraje había sido ampliamente tratado en la Segunda Conferencia de la Paz, reunida en La Haya; y la Conferencia Americana no se ocupó en ese asunto; pero celebró una nueva Convención sobre reclamaciones pecuniarias, que estaría en vigor por tiempo indefinido después del 31 de diciembre de 1912 en que expiró el convenio sobre la misma materia, firmado en México el 31 de enero de 1902 y prorrogado por la Convención suscrita en Río de Janeiro el 13 de agosto de 1906. En la nueva Convención, como en las anteriores, se establece el principio de arbitraje para resolver las controversias que se susciten con motivo de reclamaciones pecuniarias, sometiéndolas a la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, a menos que las partes se pongan de acuerdo para constituír una jurisdicción especial.

Las Conferencias de la Paz, convocadas por el Gobierno Imperial Ruso, se reunieron en La Haya, la primera en 1899 y la segunda en 1907.

A la Primera Conferencia concurrieron veintiseis naciones, entre ellas, dos de América: los Estados Unidos del Norte y los Estados Unidos Mexicanos, y las demás de Europa y Asia. En esta Conferencia, entre otros convenios, declaraciones y votos que se suscribieron por los Plenipotenciarios de los países en ella representados, se firmó una Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, que es sin duda la obra más trascendental de aquella augusta Asamblea de Estados.

En la Segunda Conferencia de la Paz estuvieron representadas 44 naciones: 19 de América (faltando Honduras y Costa Rica) y 25 de Europa y Asia. Las naciones que no asistieron a la Primera Conferencia y que fueron convocadas a la Segunda, para poder cooperar a la revisión de la Convención de 1899, concerniente al arreglo pacífico de los conflictos internacionales, se adhirieron previamente a esta Convención, suscribiendo al efecto sus Delegados un proceso verbal de adhesión, abierto en el Ministerio de Relaciones Exteriores de La Haya.

La Segunda Conferencia de la Paz, al revisar la Convención de la Primera sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, tuvo a bien reconsiderar ciertos puntos y completar la grandiosa obra adoptando en primer lugar una nueva Convención de gran trascendencia social y política para todas las naciones del mundo civilizado, representadas en aquella Magna Asamblea, y cuyo bello preámbulo, que cristaliza los elevados sentimientos de justicia, fraternidad y paz internacionales que animaron a los augustos representantes de las naciones, dice así:

Animados de la firme voluntad de contribuir al sostenimiento de la paz general;

Resueltos a favorecer con todos sus esfuerzos el arreglo amigable de los conflictos internacionales;

Reconociendo la solidaridad que une a los miembros de la sociedad de las naciones civilizadas;

Deseosos de extender el imperio del derecho y fortificar el sentimiento de la justicia internacional;

Convencidos de que la institución permanente de una jurisdicción arbitral accesible a todos, en el seno de las potencias independientes, puede contribuir eficazmente a ese resultado;

Considerando las ventajas de una organización general y regular del procedimiento arbitral;

Estimando de acuerdo con el augusto iniciador de la Conferencia Internacional de Paz que conviene consagrar en un acuerdo internacional los principios de equidad y de derecho sobre los cuales reposa la seguridad de los Estados y el bienestar de los pueblos;

Deseosos, con ese objeto, de asegurar mejor el funcionamiento práctico de las Comisiones de Investigación y de los Tribunales de Arbitraje y de facilitar el recurso a la justicia arbitral cuando se trate de litigios cuya naturaleza dé lugar a un procedimiento sumario.

En la Convención de 1907 las Potencias Contratantes, con la mira de prevenir, en cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre los Estados, convienen en emplear todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las diferencias internacionales. (Art. 1.)

Se establecen respecto a los buenos oficios o mediación de una o más potencias amigas y en cuanto a la institución de Comisiones Internacionales de Investigación los principios que siguen:

En caso de disentimiento grave o de conflicto, antes de apelar a las armas, las Potencias Contratantes convienen en acudir, en cuanto lo permitan las circunstancias, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias potencias amigas; y juzgan útil y deseable, independientemente de ese recurso, que una o varias potencias extrañas al conflicto ofrezcan espontáneamente, en cuanto las circunstancias se presten a ello, sus buenos oficios o su mediación a los Estados en conflicto. El derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación pertenece a las potencias extrañas al conflicto aun durante el curso de las hostilidades; y el ejercicio de este derecho no puede nunca ser considerado por ninguna de las partes litigantes como un acto poco amistoso.

La misión del mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en calmar los resentimientos que puedan producirse entre los Estados en conflicto, terminando sus funciones en el momento en que se compruebe, bien por una de las partes en litigio, bien por el mediador mismo, que los medios de conciliación propuestos por él no son aceptados.

Los buenos oficios y la mediación que se lleven a cabo, ya por solicitud de las partes en conflicto, ya por iniciativa de las potencias extrañas a éste, tienen exclusivamente el carácter de consejo, y nunca fuerza obligatoria.

La aceptación de la mediación no puede tener por efecto, salvo convención en contrario, interrumpir, retardar o dificultar la movilización y otras medidas preparatorias para la guerra; y si ella tiene lugar después del rompimiento de las hostilidades, no interrumpe, salvo convención en contrario, las operaciones militares en curso.

Se recomienda la aplicación, cuando las circunstancias lo permitan, de una mediación especial en esta forma:

En caso de diferencia grave que comprometa la paz, los Estados en conflicto elegirán, respectivamente, una potencia a la cual confiarán la misión de entrar en comunicación directa con la potencia elegida por la otra parte, a efecto de prevenir el rompimiento de las relaciones pacíficas. Mientras dure este mandato, cuyo término, salvo estipulación en contrario, no puede exceder a treinta días, los Estados en litigio suspenderán toda comunicación directa referente al litigio, el cual es considerado como deferido exclusivamente a las potencias mediadoras. Estas deben aplicar todos sus esfuerzos a arreglar la diferencia; y en caso de rompimiento efectivo de las relaciones pacíficas, quedarán encargadas de la misión común de aprovechar toda ocasión para restablecer la paz.

En los litigios de carácter internacional que no comprometan el honor ni intereses esenciales, y que provengan de una divergencia de apreciación sobre puntos de hecho, las Potencias juzgan conveniente y deseable que las partes que no hayan podido ponerse de acuerdo por las vías diplomáticas, instituyan, en cuanto las circunstancias lo permitan, una Comisión Internacional de Investigación, encargada de facilitar la solución de esos litigios, esclareciendo por medio de un examen imparcial y concienzudo las cuestiones de hecho.

La Convención que se extracta fija las reglas para la constitución de las Comisiones Internacionales de Investigación y las que serán aplicables a los

procedimientos de investigación, mientras las partes no adopten otras. (Arts. 2 al 36.)

La Convención establece sobre justicia arbitral los principios siguientes:

El Arbitraje Internacional tiene por objeto el arreglo de las diferencias entre los Estados por medio de jueces de su elección sobre la base del respeto al derecho; y recurrir al arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia.

En las cuestiones de orden jurídico, y en primer lugar en la interpretación o aplicación de las convenciones internacionales, las Potencias Contratantes reconocen el arbitraje como el medio más eficaz y al mismo tiempo el más equitativo de arreglar las diferencias que no hayan sido resueltas por las vías diplomáticas; y en consecuencia, sería de desearse que en las disputas sobre las cuestiones mencionadas acudiesen en su caso al arbitraje, en cuanto las circunstancias lo permitan.

La Convención de Arbitraje se celebra para cuestiones ya existentes o las que eventualmente puedan surgir; y pueden concernir a todas las diferencias o solo a las de una categoría determinada.

Independientemente de los tratados generales o particulares que estipulan actualmente acudir al arbitraje como obligación para las Potencias Contratantes, éstas se reservan el derecho de celebrar acuerdos nuevos, generales o particulares, con la mira de extender el arbitraje obligatorio a todos los casos que juzguen posible someterle. (Arts. 37 al 40.)

En la Convención de referencia se estipuló mantener la Corte Permanente de Arbitraje, tal cual la estableció la Primera Conferencia de Paz, accesible en todo tiempo, y funcionando, salvo estipulación contraria de las partes, conforme a las reglas de procedimiento insertadas en la misma Convención; siendo competente la Corte Permanente para todos los casos de arbitraje, a menos que las partes convengan en instituír un Tribunal especial.

La Corte Permanente tiene su asiento en La Haya, sirviéndole de escritorio una Oficina Internacional, que es el intermediario en las comunicaciones relativas a las reuniones del Tribunal, y que tiene la guarda de los archivos y la gestión de todos los asuntos administrativos.

Para la constitución de la Corte cada Potencia Contratante designa cuatro personas, a lo más, de competencia reconocida en las cuestiones de Derecho Internacional y que gocen de la más alta consideración moral. Las personas designadas son inscritas como miembros de la Corte en un libro que la Oficina notifica a todas las Potencias Contratantes. La Oficina pondrá en conocimiento de éstas toda modificación que ocurra en la lista. Dos o más Potencias pueden entenderse para designar en común uno o más miembros. Una misma persona puede ser designada por potencias diferentes. El mandato de los miembros de la Corte dura por un período de seis años, pudiendo ser renovado; y en caso de muerte o retiro de uno de ellos, se proveerá a su reemplazo en la misma manera fijada para su nombramiento y para un nuevo período de seis años.

Siempre que las Potencias Contratantes quieran dirigirse a la Corte Permanente para el arreglo de una diferencia ocurrida entre ellas, la elección de los árbitros para formar el Tribunal competente para estatuír sobre esa diferencia debe hacerse en la lista general de los miembros de la Corte. A falta de constitución del Tribunal arbitral por acuerdo de las partes, cada una de éstas nombrará dos árbitros, de los cuales uno solamente puede ser de su propia nacionalidad, o escogido entre los que hayan sido designados por ella como miembros de la Corte Permanente. Los árbitros eligen reunidos un tercero. Si resulta empatada la votación, la elección de éste la hará una tercera Potencia, designada de común acuerdo por las partes. Si éstas no estuvieren de acuerdo a ese respecto, cada parte designará una potencia diferente,

y la elección de arbitrador la harán de concierto las potencias designadas; y si éstas en el término de dos meses no se pusiesen de acuerdo, cada una de ellas presentará dos candidatos tomados de la lista de los miembros de la Corte Permanente, fuera de los miembros designados por las partes y que no sean nacionales de ninguna de ellas, decidiendo la suerte cuál de los candidatos presentados será el tercer arbitrador.

Formado el Tribunal, las partes notificarán a la Oficina, su determinación de acudir a la Corte, el texto del compromiso y los nombres de los árbitros. La Oficina comunicará sin demora a cada árbitro el compromiso y los nombres de los otros miembros del Tribunal, el cual se reunirá en la fecha fijada por las partes, proveyendo la Oficina a su instalación. Los miembros del Tribunal, en el ejercicio de sus funciones y fuera de su propio país, gozarán de prerrogativas e inmunidades diplomáticas.

La jurisdicción de la Corte Permanente puede extenderse, en las condiciones prescritas por los reglamentos, a los litigios que existan entre potencias no contratantes, o entre potencias contratantes y potencias no contratantes, si las partes convienen en acudir a esta jurisdicción.

Las Potencias Contratantes consideran como un deber, en caso de que un grave conflicto amenace estallar entre dos o más de ellas, el recordar a éstas que la Corte Permanente les está abierta; y por consiguiente, declaran que el hecho de recordarlo a las partes en conflicto y el consejo de acudir, en atención a los altos intereses de la paz, a la Corte Permanente, no pueden considerarse sino como actos amistosos.

En caso de conflicto entre dos potencias, una de ellas podrá siempre dirigir a la Oficina Internacional una Nota en que declare que estaría dispuesta a someter a arbitraje la diferencia; y la Oficina deberá inmediatamente poner la declaración en conocimiento de la otra potencia.

Tiene la dirección y vigilancia de la Oficina Internacional el Consejo Administrativo permanente, compuesto de los representantes diplomáticos de las Potencias Contratantes acreditados en La Haya, y del Ministro de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, que desempeña las funciones de presidente. (Arts. 41 al 50.)

En la misma Convención de que se trata, se establecen in extenso las reglas aplicables al procedimiento arbitral. en cuanto las partes no hayan determinado otras; y se establecen asimismo para cuando se trate de diferencias que admiten un procedimiento sumario, las reglas que han de seguirse en ausencia de estipulaciones diferentes, y bajo reserva, llegado el caso, de aplicar las disposiciones del Capítulo III que no les sean contrarias. (Arts. 51 al 90.)

En el Acta Final de la Conferencia se consigna lo que sigue:

La Conferencia, conformándose con el espíritu y buena inteligencia y con las concesiones recíprocas que constituyen el espíritu mismo de sus deliberaciones, ha convenido en la declaración siguiente, que con la reserva de cada una de las potencias representadas del beneficio de sus votos, les permite a todas afirmar los principios que consideran unánimemente reconocidos. La Conferencia declara lo siguiente con unanimidad:

1°. Reconoce el principio de arbitraje obligatorio;

2°. Declara que ciertas diferencias, y especialmente las relativas a la interpretación y a la aplicación de las estipulaciones convencionales internacionales, son susceptibles de ser sometidas al arbitraje obligatorio sin restricción de ninguna especie.

Proclama finalmente por unanimidad que si no ha sido posible desde ahora una Convención en tal sentido, las divergencias de opinión que se han puesto de manifiesto no han traspasado los límites de una controversia jurídica, y que trabajando aquí conjuntamente durante cuatro meses todas las potencias del mundo no solamente han aprendido a comprenderse y se han aproximado más las unas a las otras, sino que entre ellas se ha despertado en el trascurso de esta larga colaboración, un sentimiento muy elevado en favor del bien común de la humanidad.

La Conferencia emitió además el siguiente voto:

La Conferencia recomienda a las Potencias signatarias la adopción del proyecto de una Convención para el establecimiento de un Tribunal de Justicia Arbitral y para que este Tribunal entre en vigor desde el momento en que se haya logrado un acuerdo en cuanto a la elección de los jueces y a la constitución del Tribunal.

* * *

Existe en Francia una asociación denominada Grupo Parlamentario Francés del Arbitraje Internacional. Esta importante institución siguió con gran interés y simpatía los trabajos de la Segunda Conferencia de la Paz; y al ser terminados, decidió consagrar su sesión de apertura a cumplimentar a la Delegación Francesa y al mismo tiempo a los miembros de las Delegaciones Americanas que habían retardado la vuelta a su país para asistir a la sesión.

La reunión se verificó el 14 de noviembre de 1907, en el Palacio de Luxemburgo, y a ella asistieron varios miembros del Gobierno, entre éstos el Presidente del Consejo, y como cuatrocientos miembros del Parlamento.

En tan solemne como simpática fiesta se pronunciaron brillantes discursos, algunos de ellos por Delegados Franceses a la Conferencia de Paz, y de los cuales juzgo oportuno insertar algunos párrafos que demuestran la proficua labor de la gran Asamblea mundial y la profunda impresión que ella produjo en los espíritus de eminentes estadistas.

El Sr. D'Estournelles de Constant, Presidente del Grupo de Arbitraje, dijo:

Vuestra Mesa ha querido convocaros sin retardo, a fin de que volvamos a tomar desde su nueva apertura el contacto que nos permite afirmar cada año más altamente nuestro número siempre creciente y nuestro invariable programa de confianza y de acción.

La Conferencia de La Haya se reunió durante las vacaciones, o más bien tuvo su segunda sesión. Esperábamos de esta sesión, como toda nueva empresa, promesas y no milagros. Estas promesas no han sido vanas; y es a nosotros a quienes incumbe sacar de los largos trabajos de la Conferencia todo lo que contienen en germen como consecuencias bienhechoras.

Tenéis derecho, señores, al resultado de este nuevo esfuerzo realizado en la larga serie de luchas de la humanidad contra la ignorancia, porque a él habéis contribuído desde el día que habéis creado en el Parlamento Francés, y por repercusión en otros, una atmósfera favorable al desarrollo de la Justicia Internacional, atmósfera sin la cual toda la buena voluntad de los Gobiernos hubiese sido estéril.

El Sr. Antonín Dubost, Presidente del Senado, se expresó así:

Saludo cordialmente a los hombres eminentes que se han dignado ponerse en contacto con nosotros después de haber representado tan dignamente su país en la Conferencia de La Haya, y contribuído a formar con los representantes de la Francia, esta coalición de buenas voluntades por la cual se forja, lenta pero seguramente, el arma que vencerá tal vez en su día, la fuerza homicida de la guerra y su poderosa brutalidad.

El Senado se halla particularmente favorecido, puesto que tiene el placer de recibiros hoy y tiene todavía la fortuna de contar entre sus miembros, hombres cuya acción en la Conferencia, ha tenido tanto brillo que un verdadero honor recae sobre sí mismo.

Aquí están presentes: en primer lugar, aquél entre cuyas manos la Presidencia de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia fué tal, que nos dió la visión anticipada de lo que podrán ser—en un futuro por desgracia demasiado lejano para nosotros—las altas magistraturas internacionales que convocarán los pueblos a su foro, y pronunciarán entre ellos el Derecho y la Justicia.

El Sr. A. Decrais, Senador, Miembro del Consejo de La Haya, dijo:

Una Segunda Conferencia ha tenido lugar en La Haya, donde están representadas cuarenta y cuatro naciones. Allí, en la capital de un Reino hospitalario, cuyos destinos preside una joven Reina, que recomiendan sus gracias y sus virtudes, han sido agitadas todas las cuestiones que interesan al mantenimiento de la paz general; aquellas que tienen por objeto poner un poco más

de humanidad, toda la humanidad posible, en las condiciones de la guerra, si la desgracia quisiese que una guerra fuera inevitable; y aquellas más altas, proponiéndose un ideal todavía más elevado, cual es el prevenir por el arbitraje el horroroso fin de la misma guerra.

Algunos días ha, el Primer Ministro Inglés, Sir Henry Campbell Bannerman, en el banquete del Alcalde Mayor, expuso su sentimiento de que estos graves problemas no hubiesen tenido todos la solución deseada por el Gobierno Británico. Es posible; pero no es menos cierto que estos problemas se han puesto de manifiesto ante una Asamblea en la cual estaban los representantes más eminentes de la ciencia jurídica, de la política, de la diplomacia internacional. Se han hecho discusiones profundas que han iluminado los medios y donde no ha cesado de reinar la más alta cortesía. Afortunadamente se han adquirido resultados positivos. Han sido proclamados grandes principios; finalmente la causa del arbitraje ha aparecido como el coronamiento más o menos lejano, pero inevitable de estos solemnes debates. Esperemos, Señores, de la marcha contínua de la civilización hacia el progreso y la luz, de las tendencias de los pueblos a separarse de lo que los divide para apropiarse lo que los une; esperemos de la fuerza de las cosas, de la moderación general de costumbres y de la acción bienhechora del tiempo, el final de la obra considerable emprendida y continuada por las dos Conferencias de la Paz.

El Sr. Louis Renault, Miembro del Instituto, Delegado a la Conferencia, habló así:

La Conferencia de 1899 y la de 1907 no pueden separarse la una de la otra. El hecho de que la Segunda haya sucedido a la Primera, y el otro hecho de que una Conferencia ulterior ha sido prevista expresamente en el Acta Final que acaba de firmarse, son, a mi modo de ver, muy significativos por sí mismos. Es la manifestación inequívoca del sentimiento general de la comunidad de intereses del Derecho que existe entre todos los Estados civilizados, y que debe producir sus efectos más y más cada día.

La Conferencia de 1899—puedo bien decirlo—no ha tenido suerte entre la opinión pública, porque ésta ha sido engañada por lo que se había anunciado como objeto mismo de la reunión, y también por el nombre de Conferencia de la Paz que le fué dado, no comprendo porqué. Se había anunciado que el objeto principal era la reducción o al menos la limitación de los armamentos. Y no habiéndose encontrado una fórmula suficiente a este efecto, la masa del público no apreció en su justo valor lo que realmente se había hecho en el otro terreno.

Y no obstante, esta Conferencia produjo resultados satisfactorios. En primer lugar, es a partir desde este momento que el arbitraje internacional ha sido verdaderamente organizado y precisado, que se ha dado a los Gobiernos que quieran entenderse un instrumento fácil de poner en movimiento. Sin duda, no se pudo entonces hacerlo obligatorio porque se tropezó con una oposición irreductible; pero no se podría en manera alguna descuidar lo que se hizo. El arbitraje ha sido facilitado; los Estados que a él quieran recurrir no tienen sino que referirse a lo que se ha decidido. Es como si se pusiese el dedo sobre un botón eléctrico y entonces, automáticamente, el procedimiento regulase las consecuencias del acuerdo intervenido. No se tiene, como antes, que arreglar el procedimiento en el preciso momento del litigio, lo que acarrearía por necesidad dificultades, porque cada uno busca ponerse en la situación más favorable y es llevado a encontrar tendenciosas las proposiciones de su adversario. Esto es ya un resultado considerable. Esta reunión de 1899, ha sido el punto de partida de convenciones especiales que han establecido ciertos arbitrajes de una manera obligatoria. Se pueden incluir en su activo cuatro casos de arbitraje que se han presentado ante el Tribunal permanente. El arbitraje ha producido un movimiento general, y vosotros permitiréis a un especialista que se da buena cuenta de las dificultades levantadas por la cuestión decir que después de ocho años una nueva corriente ha pasado sobre las Cancillerías.

Antes, cuando ciertos países hablaban de recurrir al arbitraje, tropezaban no sólo con la mala voluntad, sino con la frialdad de las Administraciones y Oficinas.

Se sabe, igualmente, y os pido se me dispense hablar con una sencillez que no tiene ninguna relación con la elocuencia que habéis oído y que vais a oír; pero no debe olvidarse que tenéis delante a un profesor ensayando explicar lo que ha visto. Se debe igualmente a esta Conferencia, digo pues, el Reglamento de las dificultades que, a fines de 1904, surgieron entre Inglaterra y Rusia. Un acuerdo, gracias al instrumento proveído por la Convención de 1899, intervino y protegió el amor propio de dos naciones en conflicto.

Sin embargo, se nos ha reprochado no haber podido proclamar el arbitraje obligatorio. Sin duda y me siento perfectamente autorizado para poder hablar de ello, no hemos podido llegar a un éxito práctico, es decir a una Convención formal, no obstante los admirables esfuerzos de alguien a quien lisonjeara, si no fuese su modesto colaborador. Pero ¿nuestra tentativa ha sido estéril?

Yo no lo creo. En efecto, nosotros hemos comprobado que 32 Estados estaban dispuestos a concluir una Convención admitiendo el principio del arbitraje obligatorio para un conjunto de casos sobre ciertas reservas y para un cierto número de casos sin ninguna reserva. Esto es algo. Faltaba saber si estos 32 Estados podrían expresar la opinión de la Conferencia, y hacer insertar una Convención de este género en el Acta Final. Era ésta una cuestión difícil, que me limito a mencionar puesto que no era muy fácil arreglarla de una manera satisfactoria. Era necesario, a sangre fría, buscar si era posible hallar una fórmula aceptable que determinara las condiciones en las cuales se resumiera la opinión de la Conferencia. No obstante, en el Acta Final hay una declaración expresa en la cual, a la unanimidad, la Conferencia proclama que el principio del arbitraje obligatorio debe ser aceptado, y que, en ciertos casos, esa especie de arbitraje debe funcionar sin ninguna clase de restricción.

La Conferencia de 1907 se ha unido a la de 1899, revisando y mejorando lo que se había hecho en esta última. Para ello, han aprovechado la experienca adquirida y ciertas críticas que se habían formulado. Es así que, en la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, según proposición de la Delegación Francesa, se ha introducido un procedimiento más sencillo para los asuntos de poca importancia que tengan un carácter técnico. Ha perfeccionado, al propio tiempo, el sistema de Comisiones Internacionales de Investigación Sumarias, aprovechándose de la reciente experiencia de la Comisión de Hull, en la cual tomaron parte dos miembros de la Conferencia. El arbitraje facultativo, a defecto del arbitraje obligatorio, a lo menos se ha facilitado en la mayor escala posible.

El Sr. Léon Bourgeois, Primer Delegado de Francia a la Conferencia y Presidente de la Comisión de Arbitraje, se expresó en estos términos:

No hemos tenido la idea que otros parecen tener, de reformar de un solo golpe la humanidad entera. Quisiéramos que los espíritus positivos que nos juzgan tan severamente, quisieran examinar bien con nosotros, si las Convenciones de 1907 carecen de valor positivo, y si sus resultados son verdaderamente tan insignificantes.

Es el Derecho lo que debe continuar siendo el objeto primordial de las Conferencias universales. Para los que quieran la paz, el verdadero objeto es crear y garantizar el derecho entre las naciones como entre los individuos, porque, señores, " La paz sin el derecho no es la paz."

¿Qué ha hecho la Conferencia de 1907 para robustecer estos vínculos de derecho que formen poco a poco el tejido necesario para la paz internacional?

Cuando tengáis a la vista las Actas de 73 sesiones que se han celebrado, sea en sus comités de examen, sea en sus comisiones, sea en sesiones plenarias, los miembros de esta gran Comisión del Arbitraje podrán juzgar de su labor.

Reconoceréis las profundas modificaciones llevadas a la Convención de 1899, sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, al funcionamiento de la jurisdicción arbitral y particularmente de las Comisiones de Instrucción Sumarias; veréis de qué modo el procedimiento ha sido simplificado y precisado, hecho menos costoso, y el modo como han sido ampliamente abiertas para el porvenir a todos los Estados, las puertas del Pretorio internacional.

Comprenderéis la importancia de la enmienda llevada a ese célebre artículo 27 de la Convención de 1899, que crea entre los Estados, por vez primera, un verdadero vínculo de solidaridad contractual. En 1907 hemos podido hacer decidir por el nuevo Artículo 48, que en caso de que un conflicto surgiera entre dos Potencias, " una de ellas podrá siempre dirigirse al Tribunal Internacional por una Nota conteniendo la declaración de que está dispuesta a someter las diferencias a un arbitraje." De este modo, toda nación, por pequeña y débil que sea, cuando se considere en peligro de guerra, podrá dirigir su declaración

de recurso al arbitraje al Tribunal Internacional, y éste, obligatoriamente, debe dar a conocer dicha declaración a la otra Potencia. Pero no olvidemos que en este Tribunal se hallan representados todos los Estados. ¿No es algo haber permitido así que la voz del débil sea oída de todos, y la fuerza de la opinión, que se levante en su favor, será de una magnitud tal que podrá equilibrar la potencia material del Estado más temible?

Abrevio, Señores. Pero no puedo olvidar la Convención en la cual se prohibe a los Estados recurrir a la fuerza para la recaudación de las deudas contractuales, a menos de una negativa de arbitraje de la parte contraria. Es a nuestros colegas de América, que tenemos el gusto de saludar aquí como representantes eminentes, a quienes incumbe el honor de esta cláusula tan importante, cuya primer idea debióse a nuestro colega Drago, y cuya proposición definitiva y el voto en la Conferencia son debidos al antiguo Embajador de los Estados Unidos en París, el General Porter.

Hay otras Convenciones sobre las cuales no hemos podido llegar a un resultado completo. Y otras, cuyo texto mismo no ha llegado a tener el honor del Acta Final cuyos principios tan sólo figuran bajo la forma provisoria de Resoluciones o de Declaraciones.

Tal es la Convención relativa al establecimiento de un Tribunal Permanente de Justicia Arbitral. Al Gran Tribunal de Arbitraje de 1899, muchos jurisconsultos deseaban agregar un Tribunal compuesto de un pequeño número de Jueces, verdaderamente permanentes, y encargados de gestionar sobre los asuntos más urgentes y más sencillos.

La Conferencia ha votado, en efecto, el conjunto de artículos creando este Tribunal, reglamentando la competencia y el procedimiento. La obra del Derecho se ha efectuado, pero no se ha podido llegar a un acuerdo respecto al modo de nombramientos y repartición de Jueces. La Conferencia ha invitado a los Gobiernos a continuar las negociaciones necesarias para ello.

Los 44 Estados representados en La Haya han firmado en el Acta Final una declaración unánime: 1°, reconociendo el principio del arbitraje obligatorio; 2°, declarando, para ciertas diferencias, especialmente las relativas a la interpretación de las convenciones internacionales, que podrían ser sometidas al "arbitraje obligatorio sin ninguna restricción." Cuando una causa obtiene, de la unanimidad de los Estados civilizados, un testimonio de adhesión tan brillantemente manifiesto, aunque no fuese más que una victoria moral, ¿quién podría decir que esta causa está lejos de ganarse en los hechos?

Pero hay más: una Convención organizando prácticamente el arbitraje obligatorio para los asuntos contenidos en esta Declaración ha sido largamente discutida. Todos los artículos han sido sucesivamente votados por mayorías considerables, llegando hasta 35 votos, hasta 44, y el conjunto mismo de esta Convención ha sido votado, como resultado final, por 32 Estados—contra 9 negativas y 3 abstenciones—sobre 44 Estados representados. Y, cuando, para conformarse a la tradición diplomática que exige que la unanimidad sea adquirida a una Convención para ser incorporada en el Acta Final, los 32 Estados resueltos a organizar el arbitraje obligatorio han consentido adoptar la declaración de principio que he citado ante vosotros, este efecto se ha producido, y no tengo necesidad de señalar su importancia, que han estipulado en la declaración misma "que se reservaban el beneficio de sus votos"; y por consiguiente para más tarde el deducir las consecuencias prácticas inevitables. Y cuando 32 Estados, de los cuales algunos de ellos se cuentan entre los más grandes del mundo, han manifestado su voluntad de no dejar prescribir sus acuerdos, de realizarlos tan pronto sea llegada la hora y las circunstancias favorables, ¿no tenemos el derecho de tener halagüeñas esperanzas y de vol-

vernos con confianza hacia el Gobierno de la República para pedirle dar a estas resoluciones la importancia necesaria?

Y si se comparan los trabajos de 1907 a los de 1899, se valorará fácilmente el trabajo hecho y el camino recorrido. En 1899, 22 Estados tan sólo concurrieron a La Haya. En 1907, lo he comprobado, 44 Naciones, verdaderamente el mundo entero, se ha encontrado representado por vez primera. A las tres Convenciones de 1899, se agregan hoy las trece Convenciones de 1907. Al separarnos en 1899, bien pocos de entre nosotros creíamos en una Segunda Conferencia. Este año nos hemos separado dándonos cita para dentro de ocho años aproximadamente, para la Tercera Conferencia. Y hasta ahora, sobre este punto tan difícil del arbitraje obligatorio, ¿qué camino se ha hecho desde nuestra primera reunión? En 1899, el principio mismo del arbitraje obligatorio ha sido deliberadamente eliminado; se ha reconocido hoy, como la ley de mañana, por todo un conjunto de diferencias, por la unanimidad de naciones, y hasta aquellos mismos cuya oposición no ha permitido firmar una Convención definitiva, han tenido gran cuidado de proclamar que no había de su parte ninguna objeción contra el principio; que escrúpulos de orden jurídico, dificultades concernientes a los medios de su aplicación, los retenían solamente, y más bien un acuerdo es simplemente necesario para determinarlos definitivamente.

Mis queridos colegas, antes de terminar esta larga exposición, permitidme leer algunas líneas que escribí al Presidente del Grupo Parlamentario del Arbitraje Internacional de 1904:

Por encima de los Gobiernos, una Potencia Soberana ha nacido, que dispondrá pronto de los destinos del mundo (ha existido siempre una fuerza de la opinión, pero era una fuerza pasajera cuya dirección variaba según las pasiones o los intereses del momento). La nueva Potencia tiene otro origen, ella debe llevar otro nombre: el de Conciencia Universal. Ella se inspira en los principios de la moral y del derecho: ella tiene la fijeza y la fuerza y es a ella a las que debe su bienhechora acción.

¡Cuánto más cierto es eso hoy! Sí, hay algo de nuevo en la política internacional.

Cierto, la paz no está hecha y el derecho no está asegurado ni entre las naciones ni entre los mismos individuos.

Pero la voluntad reflexiva de obtener esas garantías esenciales del trabajo y del progreso humano, se acrecen rápidamente en todos los pueblos y es cada día más difícil a los Gobiernos el sustraerse a esta acción de la conciencia general.

Nosotros mismos hemos sentido muy a menudo sus efectos en La Haya, cuando en las discusiones más acaloradas, todos se reclamaban en suma principios superiores de Derecho y se esforzaban por conciliarlos con sus causas particulares.

De manera reconocida, y no tratándose más de la lucha de los intereses particulares de diversas Potencias, cada uno trataba de manifestarse preocupado, ante todo, del interés general y común; hubiérase dicho que no había en presencia sino tesis opuestas de Derecho.

Una vida nueva se nos ha aparecido ciertamente, esta vida de la comunidad internacional cuya regla esencial es el respeto recíproco de los Derechos de las Naciones.

Grandes y pequeños, ellos se han reconocido todos soberanos, es decir, todos iguales en derecho, todos sometidos recíproca y solidariamente a los mismos deberes. ¿No tenemos ahí las bases mismas de la sociedad de las Naciones y como los fundamentos de la Ciudad Universal?

Y los órganos de esta verdadera sociedad de las Naciones, las instituciones jurídicas que reglarán su existencia, han tomado ya incremento. Algunos de estos órganos, como el Tribunal de Presas, están ya completamente adaptados a sus funciones; los otros, aunque imperfectos, como el Tribunal de Arbitraje y las Comisiones de Investigaciones Sumarias, ya hemos tenido suficientemente su aprendizaje. Otros, en fin, incompletos, esperan como el Tribunal Permanente de Justicia, una conclusión indispensable, pero todos están en vías de un desarrollo seguro.

Para que esta Sociedad de Naciones tome su forma definitiva, su Constitución y su equilibrio, es necesario tiempo, paciencia y fe.

Añadiré también que es necesario buena fe. Es necesario no dejar decir que hay en esta solidaridad de la vida de las naciones algo que puede acarrear una debilidad al sentimiento de la Patria. Esto sería blasfemar igualmente de la Patria y de la humanidad.

A los esfuerzos hechos por nuestros Delegados para servir de una manera digna la causa del arbitraje obligatorio, se han asociado, como se ha dicho, los representantes del Nuevo Mundo, y particularmente los de las Repúblicas Sud-americanas. Sólo aquellos que no conocen aquellas Repúblicas podrían sorprenderse de ello. En cuanto a nosotros, no nos ha sorprendido. Conocíamos desde larga fecha y por experiencia la abnegación de la devoción de estas Naciones a las ideas de Derecho y de Civilización. Sabíamos desde hace bastante tiempo que ellas han recibido nuestra educación moral e intelectual, que están de acuerdo con nuestras aspiraciones y nuestras doctrinas, y como decía hace un instante el Sr. Piza, "esos países han sido alimentados con la filosofía francesa."

Mi amigo el Sr. D'Estournelles de Constant recordaba hace poco que yo he tenido el honor de representar a la Francia cerca de uno de estos países. Yo pasé, en efecto, dos años en el Brasil como Ministro de la República. He hecho algo más que defender allí los intereses de la Francia y trabajar por la consolidación de las relaciones entre los dos países. Tuve la buena suerte de firmar un Tratado de Arbitraje en una fecha anterior a la en que, como lo indica el Sr. Louis Renault, estas Convenciones han pasado a ser relativamente fáciles. Era en 1897. La Francia y el Brasil estaban separados por un litigio que remontaba a la época del Tratado de Utrecht y que había en varias ocasiones amenazado crear graves conflictos entre ellos. Conseguí que estas diferencias se arreglaran por un Tratado de Arbitraje, y esto no tuvo lugar sin dificultades. Había que vencer la intransigencia de ambas partes. Afortunadamente encontré en mi apoyo la voluntad de dos ministros brasileros a los cuales debo rendir homenaje: el Sr. Carlos de Carvalho y el Sr. Dyonisio Cerqueira. El Brasil no estuvo desacertado al firmar esa Convención, puesto que el arbitraje le ha hecho justicia. ¿Qué importa? Lo esencial era concluir un litigio que contaba ya cerca de 200 años. Lo que hice como Ministro de Francia en el Brasil sólo pido que me sea dable hacerlo como Ministro de Relaciones Exteriores. Porque no es necesario que se pueda decir que la obra de la Conferencia de La Haya es una obra platónica, que no se ha hecho en ella sino desarrollar teorías que no conducen a consecuencias prácticas. Hace poco el Sr. Louis Renault decía: "Hemos sembrado una fecunda semilla para la vida del mundo civilizado. Preciso es que ella germine y que crezca." Pues bien, Señores, a este fin trabajaremos.

Bien antes que la idea de la Patria experimente de esta alta concepción moral un ataque, un aminoramiento, parece realzarse por los ciudadanos de cada una de las Naciones unidas por el Derecho, más pura, más sagrada, más intangible, puesto que se identifica así siempre más y más con lo que hay de más noble en la conciencia humana. El objeto lo sentimos profundamente cada vez que los Representantes de las Naciones hacían esfuerzos para aproximarse a la idea superior del Derecho: era como una nueva glorificación de la idea de la Patria, puesta encima de las injusticias.

No quiero más testigos que vosotros, mis queridos colegas de las Repúblicas del Nuevo Mundo, que con tanto ardor habéis trabajado con nosotros en la organización jurídica de la sociedad de los Estados, y que tan a menudo y con tanta elocuencia habéis reclamado los derechos y afirmado las esperanzas de las jóvenes Naciones llamadas por la vez primera a la deliberación universal.

Señores, dejemos reir a los escépticos y agitarse las impaciencias. Para nosotros, que hemos procurado ser en La Haya, modesta, pero resueltamente los fieles servidores del Derecho, llevamos aquí nuestra prueba, y afirmamos, que más de una vez, en las grandes salas del Binnenhoff, hemos oído palabras que, en ninguna asamblea diplomática se hubieran pronunciado hace algunos años; palabras en las cuales pasaba el soplo de la conciencia universal. Dejemos a los sordos que no oigan, nosotros—¿no es verdad mis queridos colegas?—hemos oído allá, lentos aún, pero ya regulares y distintos, los primeros latidos del corazón de la humanidad.

El Sr. Pichón, Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, cerró los discursos con las siguientes palabras:

Cuando escogimos nuestros Delegados a la Conferencia, cuando depositamos en sus manos, la causa que debíamos defender, sabíamos perfectamente que

esta causa sería servida de un modo admirable. Nuestra esperanza no ha sido engañada. Han figurado en primer rango entre los servidores más competentes, más elocuentes y más autorizados en la causa de la paz y de la humanidad. Tal ha sido el parecer de todos los colegas extranjeros que durante las reuniones de la Conferencia les han prodigado su agradecimiento y su simpatía en una manifestación unánime y espontánea que nos impresionó profundamente.

*

* *

El 11 de junio de 1906 se reunió en Ginebra la Conferencia Internacional convocada por el Consejo Federal Suizo, con el objeto de revisar la Convención de 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Concurrieron a dicha Conferencia 36 naciones: 10 de América y 26 de Europa y Asia.

En el Protocolo Final de la Conferencia, ésta expresó el deseo de que, para llegar a una interpretación y a una aplicación, tan exactas como sea posible de la Convención de Ginebra, las Potencias Contratantes sometan a la Corte Permanente de La Haya, si los casos y las circunstancias se prestan a ello, las diferencias que en tiempo de paz se susciten entre ellas relativamente a la interpretación de dicha Convención.

El Salvador, Colombia, Costa Rica, Cuba, Nicaragua, Paraguay y Venezuela se adhirieron a la nueva Convención de Ginebra, suscrita el 6 de julio de 1906, lo mismo que al Protocolo Final de la Conferencia, firmado en la misma fecha.

En la ciudad de San Salvador, y por iniciativa del Gobierno de esta República, tuvo lugar a principios de 1901, la reunión del Segundo Congreso Jurídico Centro-Americano, en el cual estuvieron representadas las cinco Repúblicas del Istmo.

Entre los importantes tratados que sobre diversas materias jurídicas se concluyeron en dicho Congreso, fué celebrado uno sobre Derecho Internacional; y en virtud del Artículo 6 de este Tratado, los Gobiernos signatarios se comprometen a terminar por medio del arbitraje, cualquiera cuestión o diferencia que se suscite entre ellos, si no se pudiere terminar satisfactoriamente por la vía diplomática.

A principios de julio de 1906 ocurrió un conflicto armado entre El Salvador y Honduras, por una parte, y Guatemala, por otra, habiéndose dado principio a las hostilidades. Los Presidentes de Estados Unidos y de México intervinieron de manera amistosa para poner término al conflicto; y a bordo del crucero de guerra *Marblehead*, ofrecido cortesmente por el Gobierno americano, se celebraron Conferencias de paz, con asistencia de los representantes de las naciones mediadoras y de Nicaragua y Costa Rica. En virtud de Convención suscrita el 20 de julio de aquel año se restableció la paz entre los Estados beligerantes, estipulándose entre otras cosas, que dentro de dos meses de la fecha se celebraría por las partes contratantes un Tratado General de Paz, Amistad, Comercio, etc.; y que, si lo que no era de esperar, cualquiera de las Altas Partes Contratantes faltare en lo sucesivo a alguno de los puntos convenidos, o diere motivo para nuevas divergencias, éstas se sujetarán a arbitramento, designándose desde luego como árbitros a los Presidentes de los Estados Unidos de América y de los Estados Unidos Mexicanos, a cuyo arbitramento deberán sujetarse también las nuevas dificultades concretas entre Guatemala, El Salvador y Honduras.

El Tratado a que se refiere la Convención de Paz, celebrada a bordo del *Marblehead*, fué concluído el 25 de septiembre del mismo año en San José de Costa Rica, entre los Plenipotenciarios de los Estados Centro Americanos, con excepción de Nicaragua, que se negó a concurrir; y en el Artículo 2 de dicho Tratado se estableció también la cláusula compromisoria de arbitraje para resolver las divergencias relativas a la falta de cumplimiento del Tratado, lo

mismo que cualesquiera dificultades concretas que sobrevengan entre las Altas Partes Contratantes.

En 1907 surgieron nuevos y serios conflictos en Centro América; se interrumpieron las buenas relaciones de amistad, primero entre Honduras y Nicaragua y en seguida entre esta última República y El Salvador; y para restablecer la buena armonía, tratar asuntos generales de la política centro-americana y especialmente de la paz de estos pueblos, el 6 de noviembre de aquel año, se reunieron en el puerto de Amapala los Presidentes de los tres Estados, habiéndose ajustado al efecto las bases preliminares de paz.

A iniciativa de los Gobiernos de Estados Unidos y de México se reunió en Wáshington, el 1° de noviembre del año indicado, la Conferencia de Paz Centro-Americana, integrada por Delegados de las cinco Repúblicas del Istmo y con la asistencia de los representantes de los Gobiernos mediadores.

Los Estados de Centro-América, gracias a la noble y generosa iniciativa de los Gobiernos de Estados Unidos y de México, terminaron felizmente todas sus diferencias, estrechándose por medio de la fecunda labor de aquella ilustre Asamblea, en que reinó la más exquisita cordialidad y cuyas deliberaciones presidió el más alto espíritu de centro-americanismo, los lazos de mutuo afecto y simpatía que deben unir a pueblos hermanos.

De gran trascendencia social y política para los pueblos centro-americanos es la obra realizada por la Conferencia de Wáshington. No sólo tuvo ella en mira el mantenimiento de la paz, celebrando con tal objeto un Tratado General de Paz y Amistad y una Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centro-Americana, sino que se concluyeron también otras importantísimas Convenciones, con el fin de acercar más estos pueblos en sus relaciones comerciales e impulsar su progreso intelectual, moral y material, preparando así lenta, pero seguramente, su unión venturosa y definitiva.

El Tratado General de Paz y Amistad contiene, entre otras, las siguientes importantes estipulaciones:

Artículo I. Las Repúblicas de Centro-América consideran como el primordial de sus derechos, en sus relaciones mutuas, el mantenimiento de la paz; y se obligan a observar siempre la más completa armonía y a resolver todo desacuerdo o dificultad que pueda sobrevenir entre ellas, de cualquiera naturaleza que sean, por medio de la Corte de Justicia Centro-Americana, creada por la Convención que han concluído al efecto en esta fecha.

Art. II. Deseando asegurar en las Repúblicas de Centro-América los beneficios que se derivan de la práctica de las instituciones y contribuir al propio tiempo a afirmar su estabilidad y los prestigios de que deben rodearse, declaran que se considera amenazante a la paz de dichas Repúblicas, toda disposición o medida que tienda a alterar en cualquiera de ellas el orden constitucional.

Art. III. Atendiendo a la posición geográfica central de Honduras y a las facilidades que esta circunstancia ha dado para que su territorio haya sido, con la mayor frecuencia, el teatro de las contiendas centroamericanas, Honduras declara desde ahora su absoluta neutralidad en cualquier evento de conflicto entre las otras Repúbilcas; y éstas, a su vez si observase tal neutralidad, se obligan a respetarla y a no violar en ningún caso el territorio hondureño.

Art. IV. Atendiendo a las ventajas que deben observarse de la creación de Institutos Centroamericanos para el fomento de sus más vitales intereses, además del Instituto Pedagógico y de la Oficina Internacional Centroamericana que han de establecerse, según las Convenciones celebradas al efecto por esta Conferencia, se recomienda especialmente a los Gobiernos la creación de una Escuela Práctica de Agricultura en la República de El Salvador, una de Minería y Mecánica en la de Honduras y otra de Artes y Oficios en la de Nicaragua.

Art. V. Para cultivar las relaciones entre los Estados, las Partes Contratantes se obligan a acreditar ante cada una de las otras una Legación Permanente.

Art. XVI. Deseando prevenir una de las causas más frecuentes de trastornos en las Repúblicas, los Gobiernos Contratantes no permitirán que los cabecillas o jefes principales de las emigraciones políticas, ni sus agentes, residan en los Departamentos fronterizos a los países cuya paz pudieran perturbar.

Los que estuvieren actualmente establecidos de una manera fija en un Departamento fronterizo, podrán permanecer en el lugar de su residencia bajo la inmediata vigilancia del Gobierno asilador; pero desde el momento en que llegaren a constituir peligro para el orden público, serán incluídos en la regla del artículo precedente.

ART. XVII. Toda persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que, dentro del territorio de una de las Potencias Contratantes, iniciare o fomentare trabajos revolucionarios contra alguna de las otras, será inmediatamente concentrada a la capital de la República, donde se la someterá a juicio con arreglo a la ley.

Por la Convención Adicional al Tratado General se estableció lo que sigue:

ARTÍCULO I. Los Gobiernos de las Altas Partes Contratantes no reconocerán a ninguno que surja en cualquiera de las cinco Repúblicas por consecuencias de un golpe de Estado, o de una revolución contra un Gobierno reconocido, mientras la representación del pueblo, libremente electa, no haya reorganizado el país en forma constitucional.

ART. II. Ningún Gobierno de Centro-América podrá, en caso de guerra civil, intervenir en favor ni en contra del Gobierno del país donde la contienda tuviere lugar.

ART. III. Se recomienda a los Gobiernos de Centro-América procurar, por los medios que estén a su alcance, en primer término la reforma constitucional en el sentido de prohibir la reelección de Presidente de la República, donde tal prohibición no exista, y en segundo la adopción de todas las disposiciones necesarias para rodear de completa garantía el principio de alternabilidad en el Poder.

El éxito mas lisonjero ha coronado la obra de la Conferencia de Paz Centro-Americana, reunida en Wáshington. Al ser llevados al terreno de la práctica los principios consagrados en ella, cumpliéndose estrictamente las Convenciones celebradas, se han obtenido inmensos beneficios, el primero y más precioso el de la paz y concordia de los pueblos centro-americanos. A partir del año de 1907 en que se reunió la Conferencia y fijó el Derecho positivo que debía regir a los Estados de Centro-América en sus mutuas relaciones, éstos han vivido en plena paz, laborando juntos para desarrollar sus múltiples elementos de progreso y realizar sus ideales y aspiraciones comunes.

* * * * * * *

Los autores de Derecho Internacional, con raras excepciones reconocen el arbitraje como el medio más eficaz para terminar las disputas internacionales, haciendo prevalecer la razón y la justicia, en vez de la fuerza armada.

De todos los medios propuestos para la solución pacífica de los litigios internacionales, dice D. Luis Gestoso y Acosta, profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia, el arbitraje es el que más satisfactorios resultados ha producido y el que tiende en nuestra época a introducirse en las costumbres internacionales. Su mayor ventaja, según algunos, estriba en que resulta su empleo de la libre voluntad de los Estados Soberanos, los cuales, para evitar el recurso a la fuerza, desean la intervención de personas imparciales, justas y conocedoras del Derecho, a fin de resolver la cuestión de modo satisfactorio para todos, por ser conforme a justicia la solución dada al litigio.

El reputado internacionalista F. de Martens dice:

Los numerosos ejemplos de arbitraje que han conducido en nuestros días a favorables resultados, han hecho surgir el pensamiento de aplicar aquel medio a todas las disensiones internacionales, con tanto mayor motivo cuanto que las guerras modernas y los gastos que ocasiona la paz armada han llegado a ser verdaderos azotes para los gobiernos y los pueblos. Así es que se ha originado un gran movimiento no solamente entre los sabios sino en el público y hasta en los parlamentos, en favor de la aplicación del arbitraje a todas las desavenencias que puedan ocurrir entre los Estados.

Cita el docto profesor ruso varios casos importantes de arbitraje, con los cuales se ha evitado la guerra entre los Estados; pero en cuanto al porvenir reservado al arbitraje, dice que no conviene alimentar grandes ilusiones. Él lo considera inaplicable en todas las cuestiones internacionales en que ocupe el elemento político el primer lugar, sirviendo este medio únicamente para los disentimientos, de ordinario poco importantes, principalmente relativos a intereses de orden jurídico y en que se trata de establecer claramente los derechos de las partes.

En el mismo sentido de que no todas las cuestiones internacionales son susceptibles de arbitraje se expresa el ilustre internacionalista Pasquale Fiore:

Atendiendo, dice, en primer lugar, a la materia que puede ser objeto del juicio arbitral, es claro que en las relaciones públicas hay, con mas razón que en las privadas, derechos que no pueden ser susceptibles de transacción, y a los cuales no puede renunciarse válidamente, como sucede, por ejemplo, con aquellos derechos que son esenciales para la existencia misma del Estado, y sobre los cuales no hay transacción posible. El principal deber de todo Estado libre es defender, aun por medio de la fuerza, estos derechos si fuesen arbitraria y violentamente atacados. En los Estados existe también la cuestión de la dignidad y del honor, acerca de los cuales no pueden transigir los representantes de un pueblo independiente.

El arbitraje puede convertirse en un procedimiento regular para resolver las controversias internacionales, siempre que la materia sea de aquellas que por su naturaleza puedan ser objeto de arbitraje, y de aquí que sea necesario que ninguna de las dos partes contratantes halle en el litigio nada ofensivo a su dignidad, pues en este supuesto, como no se podría en justicia negar a cada Estado la libertad de apreciación en las cuestiones que a la dignidad se refieren, el arbitraje, aunque aceptado en principio, sería de hecho inútil, si una de las partes contratantes creyera que era contrario a su dignidad aceptar en aquella cuestión especial el juicio de los árbitros.

El sabio profesor de la Universidad de Nápoles, al hablar del movimiento en favor del arbitraje, dice:

El arbitraje internacional, tal como nosotros lo entendemos, puede ser, como antes hemos dicho, una de las instituciones más a propósito para resolver pacíficamente las cuestiones entre los Estados, y las aplicaciones que de él se han hecho y los resultados obtenidos, son la prueba más segura de la importancia de dicha institución, y confirman y justifican la confianza que todos tienen de que se generalizará en el porvenir.

En todos los tratados que se van estipulando se admite ya la cláusula compromisoria, con la cual ambos Gobiernos contratantes asumen la obligación de someter a la decisión de Comisiones arbitrales todas las cuestiones que puedan surgir acerca de la interpretación o de la ejecución del tratado; pero la tendencia de todos los Gobiernos que quieren asegurar la paz y prevenir la guerra, es la de estipular un tratado general por el que las partes contratantes asuman la obligación de someter al arbitraje toda cuestión, de cualquiera naturaleza que sea, en materias susceptibles de arbitraje.

Para no citar más autores, baste decir que el principio de arbitraje obligatorio, como medio civilizado de evitar la guerra, ha sido reconocido y proclamado unánimemente, para ciertos casos, sin restricción alguna, por la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, a la cual concurrieron como Delegados de las naciones, los más eminentes internacionalistas de ambos mundos.

En dicha Conferencia, como lo dice en su discurso antes inserto, el Sr. Léon Bourgeois, Delegado de Francia y Presidente que fué de la Comisión de Arbitraje, los representantes de 32 Estados estuvieron resueltos a organizar el arbitraje obligatorio, es decir, a suscribir una Convención en tal sentido; y si la Convención no fué celebrada por requerirse la unanimidad de la Conferencia, quedó, como se ha dicho, reconocido y proclamado el principio, y preparado el terreno de tal modo que es halagadora la esperanza de que la Tercera Conferencia de Paz lo sancione como precepto de Derecho Internacional Positivo.

En la actualidad existen tratados de arbitraje obligatorio entre todas o casi todas las naciones americanas y entre éstas y varias de Europa; y es muy significativo el hecho de que en el seno mismo de la Primera y Segunda Conferencias Internacionales Americanas, nueve Estados representados en ella, hayan concluído tratados de arbitraje obligatorio, y que en el seno de la Segunda Conferencia de Paz de La Haya se firmara también un tratado de arbitraje obligatorio entre Italia y la Argentina, el cual, leído en sesión plenaria, mereció los siguientes expresivos conceptos del egregio Presidente de la Conferencia, Sr. M. de Nélidow:

No tengo necesidad, Señores, de hacer resaltar a vuestros ojos el inmenso valor diplomático de este documento. Sus estipulaciones, así como también los términos empleados para definirlo en la carta de S. E. el Señor Conde Tornielli y el Señor Saenz Peña, constituyen el objeto y la base de nuestras deliberaciones, es decir, la buena inteligencia diplomática y el arbitraje como medio de resolver los conflictos y las diferencias internacionales. Como podréis verificarlo vosotros mismos, el arbitraje encuentra en ese documento su aplicación más amplia, y el tratado viene a ser un modelo estimulador para las potencias que quieran traducir a la práctica las reglas que nosotros nos esforzamos por establecer en principio. La comunicación oficial que se nos ha hecho, constituye por otra parte un homenaje solemne tributado a nuestros trabajos y una manifestación de simpatía a la cual sólo podemos responder ofreciendo a los eminentes hombres de Estado que han negociado y concluído el Tratado Italo-Argentino, las más sinceras gracias de la Conferencia y nuestras más entusiastas felicitaciones.

Martens cita cinco importantes casos en que por medio del arbitraje algunos Estados de América han terminado pacíficamente sus diferencias con naciones de Europa. Los resumiré brevemente:

1°. La cuestión que surgió entre Inglaterra y los Estados Unidos en 1822 con motivo de la interpretación del tratado de paz de Gante en lo concerniente a los derechos de propiedad sobre los esclavos que se hallaban en el territorio americano ocupado por los ingleses, fué sometida a Alejandro I de Rusia; y conformándose con su fallo ambas potencias convinieron en establecer una comisión encargada de apreciar el importe de la indemnización debida a los Estados Unidos.

2°. Otro conflicto ocurrido en 1852 entre los Estados Unidos e Inglaterra, con ocasión de una lucha a mano armada, sostenida en aguas portuguesas, entre el corsario americano *General Armstrong* y la escuadra inglesa, fué decidido por el príncipe Luis Napoleón, Presidente de la República Francesa, elegido como árbitro por las partes contendientes; y la decisión, desfavorable para Estados Unidos, que pretendía hacer responsable a Portugal por haber tolerado el combate en sus aguas, fué acatada por la Gran República del Norte.

3°. Al Senado de Hamburgo, fué sometida en 1864 la diferencia surgida entre Inglaterra y el Perú, con motivo del arresto del ingles White, de orden de las autoridades peruanas, por señalársele como autor del asesinato del Presidente de la República. El acusado fué puesto en libertad por falta de pruebas, después de sufrir la prisión preventiva, y pedía en su favor Inglaterra una indemnización; pero el Senado de Hamburgo la denegó por haberse efectuado la prisión de White conforme a las leyes locales.

4°. El conflicto ocurrido entre Francia y Nicaragua en 1874, con motivo de haberse apoderado las autoridades nicaragüenses de las armas que se encontraban a bordo del navío francés *El Faro* y que suponían destinadas a los enemigos de la República, fué sometido a la decisión del Tribunal de Casación Francés, quien resolvió que debía pagarse una indemnización a los propietarios de las armas, atendiendo a que no eran justificadas las sospechas de que *El Faro* había sido objeto.

5°. El caso más notable es el del *Alabama*. Al terminar la guerra civil en Estados Unidos estuvo a punto de estallar otra entre esta nación e Inglaterra. Los puertos de los Estados del Sur fueron bloqueados durante la guerra; y el Gobierno de Richmond consiguió en puertos ingleses navíos armados para el corso, los cuales, enarbolando el pabellón de los Estados del Sur, atacaban a los navíos mercantes de los Estados del Norte y los echaban a pique, después de apoderarse de cuanto llevaban a bordo, ocasionando pérdidas considerables al comercio del Norte. Concluída la guerra, el Gobierno de Wáshington pidió indemnización a Inglaterra por las pérdidas causadas por los corsarios ingleses, uno de ellos, el más célebre, llamado *Alabama*. Las negociaciones diplomáticas consiguientes dieron al fin por resultado la organización de un Tribunal arbitral, compuesto de cinco miembros, nombrados cada uno de ellos por Inglaterra, Estados Unidos, Italia, Suiza y el Brasil. El Tribunal se reunió y tuvo sus deliberaciones en Ginebra; y en 14 de septiembre de 1872 dictó su sentencia, condenando a Inglaterra a pagar a los Estados Unidos una indemnización de 15,000,000 de *dollars*, fallo que fué acatado por aquella poderosa nación.

Otros importantes casos de arbitraje pueden citarse en que las Repúblicas de América han dado solución pacífica a sus contiendas internacionales.

La cuestión entre el gobierno de El Salvador y el de los Estados Unidos, con motivo de la reclamación del ciudadano americano A. W. Burrell, a nombre de "The Salvador Commercial Company," como accionista de la Compañía "El Triunfo Lda.," fué sometida a un Tribunal arbitral, que la decidió en 18 de mayo de 1902; y aunque El Salvador no consideró justo el laudo pronunciado, habiendo moderado un tanto los reclamantes el valor de la indemnización pedida y mandada pagar, fué religiosamente cumplido.

La Argentina y Chile terminaron felizmente su vieja cuestión de límites, sometiéndola a la decision del Rey de Inglaterra, Eduardo VII, quien pronunció su laudo en 1902; y el deslinde de la línea divisoria argentino-chilena se ha practicado por las respectivas comisiones técnicas, en conformidad al justiciero fallo de aquel augusto soberano.

La misma solución satisfactoria ha tenido la cuestión de límites entre Costa Rica y Panamá, sometida al Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien acaba de decidirla conforme a los dictados de la justicia, quitándose, como en la Argentina y Chile, un motivo constante de querella entre pueblos hermanos.

También será arreglada satisfactoriamente la cuestión de límites pendiente entre El Salvador y Honduras. Por Convención celebrada el 19 de enero de 1895, cuyo plazo de diez años fué prorrogado por Convención de 24 de septiembre de 1906, se convino en organizar una Comisión Mixta de límites, encargada de resolver de una manera amigable todas las dudas y diferencias pendientes y demarcar sobre el terreno la línea divisoria que señale el límite fronterizo de ambas Repúblicas. El punto o puntos de demarcación que la Comisión Mixta no hubiese resuelto serán sometidos a arbitramento.

Las siguientes cifras hablan elocuentemente en favor del arbitraje. Una estadística formada por el Bureau de Berna registra los casos que hubo en el siglo XIX:

1800 a 1819	11	1870 a 1879	24
1820 a 1829	4	1880 a 1889	42
1830 a 1839	8	1890 a 1899	63
1840 a 1849	6		
1850 a 1859	15	Total	195
1860 a 1869	22		

En circular distribuída por el Congreso de Arbitraje y de Paz de los Estados de la Nueva Inglaterra, que se reunió en mayo de 1910 en la ciudad de Hartford, Estado de Connecticut, Estados Unidos de América, se consigna, bajo el subtítulo "Triunfo del Arbitraje," que por este medio pacífico, en el trascurso de un siglo, se han ajustado más de 260 controversias importantes entre las naciones.

Las naciones americanas han estado y están siempre dispuestas a terminar sus diferencias por los medios que aconsejan la razón y el interés común de la humanidad; y en muchos casos se ha evitado la guerra entre dos o más de ellas o se le ha puesto fin por la intervención amistosa de una o más potencias hermanas.

Muy oportuna fué la mediación de Estados Unidos en 1882 para poner término a la sangrienta guerra que sostenían Chile por una parte, y el Perú y Bolivia, por otra, como asimismo lo fué la gestión amistosa de la gran República del Norte, ofrecida a Rusia y el Japón en 1905, mediante la cual se llevó a cabo la Conferencia de Paz de Portsmouth que dió fin a una de las luchas más serias de los tiempos modernos, sostenida por dos poderosos Imperios.

La cuestión del Gobierno de Estados Unidos y el de México, con motivo del incidente de Tampico ocurrido en 1914 entre marinos americanos y soldados mexicanos, y por la cual estuvo a punto de estallar la guerra entre las dos naciones del Norte, fué solucionada felizmente, gracias a la generosa iniciativa de la Argentina, el Brasil y Chile, secundada por El Salvador, quienes para resolver pacíficamente el conflicto ofrecieron su mediación. Aceptada ésta, los representantes de los países en desacuerdo y de los mediadores celebraron conferencias en Niágara Falls; y a principios de julio de aquel año se firmó el protocolo que dió por terminada la contienda, sentándose un precedente de inestimable valor para la paz de los pueblos de América, ya que ese noble ejemplo de fraternidad internacional es digno de ser imitado en cualquiera disputa que en lo futuro se suscite entre ellos.

No ha sido esta la primera vez que las florecientes Repúblicas del A. B. C. prestan un eminente servicio a la noble causa de la paz en América. Por su amistosa intervención se arregló también satisfactoriamente el conflicto que antes surgió entre el Perú y el Ecuador.

* * * * * * *

Entre los otros medios que indican los autores para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, se consideran como eficaces las Conferencias y los Congresos. Sin embargo, Pinheiro-Ferreira, Vattel y Phillimore, citados por Calvo, se pronuncian en contra de ellos, haciéndoles críticas severas, las cuales, en el sentir de Calvo, pueden aplicarse a los antiguos, que lejos de terminar las diferencias internacionales las aumentaban con sus tenebrosos manejos y secretas maquinaciones; pero no son exactas refiriéndose a los modernos que han resuelto cuestiones importantísimas.

Fiore, después de exponer el carácter jurídico de las Conferencias y de los Congresos, propone las siguientes reglas:

(*a*) Los Estados civilizados que viven en sociedad de hecho tienen derecho a reunirse en Congreso para proteger los intereses comunes de los pueblos, y prevenir las grandes complicaciones.

(*b*) La autoridad de los Congresos debe extenderse a establecer la paz general y dar garantías de seguridad y de estabilidad, poniendo término a las agitaciones permanentes, y concertando en común las condiciones más adecuadas para satisfacer los legítimos deseos de los pueblos.

Fiore combate las pretensiones de las grandes potencias para tratar y decidir las cuestiones en que los Estados menores están interesados, como si fuesen sus superiores legítimos, y demuestra que tales pretensiones deben considerarse

como una violación de la igualdad jurídica de los Estados que se deriva del derecho natural. Admite, no obstante, que ciertas cuestiones deben someterse a la decisión de las grandes potencias; pero no puede considerarse como derecho exclusivo de las mismas el de discutir y decidir acerca de las cuestiones internacionales, y juzga necesaria una reforma en la organización de los Congresos, para que vengan a ser "la mejor prenda de la paz y de la seguridad general, y el medio más eficaz para evitar la guerra."

La organización de los Congresos Generales, dice, debe ponerse en armonía con su misión y con su fin, y el principal de éstos debe ser, en nuestro sentir, el establecer las reglas de la coexistencia de los Estados, o, en otros términos, formular y promulgar las leyes internacionales. Sólo así podrían conseguir los Congresos ser verdaderamente provechosos a la civilización y establecer seguras garantías de paz y de justicia entre los hombres.

En su lugar oportuno hemos demostrado la existencia del derecho de gentes, y que, reducidos sus preceptos a máximas mediante la asidua labor de la razón colectiva y progresiva de la humanidad, deben llegar a ser reglas de la coexistencia de los pueblos en la Magna-civitas, y de sus recíprocas afinidades y relaciones. ¿Qué falta para que las máximas así elaboradas adquieran autoridad de la ley? Falta que sean compiladas, condensadas, formuladas y promulgadas y esta deberá ser la principal misión de los Congresos generales, que deberían convertirse en órganos de la ciencia y de la conciencia pública.

El complemento necesario de la facultad de proclamar las leyes internacionales, y la sanción de éstas, según el docto profesor que tiene la palabra, deberá ser la tutela jurídica colectiva de los pueblos civilizados, ejercida por los Congresos generales.

En cuanto a las Conferencias, las considera Fiore como un medio eficaz para resolver y prevenir las complicaciones internacionales, y para decidir las cuestiones de interés complejo; y admite que a dichas reuniones concurran sólo las grandes potencias, porque deben ser las principalmente interesadas en mantener el orden en la sociedad internacional; además de que, cuando todas o la mayor parte de ellas estuviesen de acuerdo en la solución de la cuestión sometida a su deliberación, tal acuerdo de pareceres ejercería una gran autoridad moral sobre las partes interesadas.

Resumiendo el insigne internacionalista su importantísima doctrina sobre esta materia, dice—

que debe confiarse a los Congresos generales la misión de impedir la guerra y afirmar la paz promulgando el derecho y formulando las leyes de la Magna civitas, y que en tales Congresos deben estar siempre representados todos los Estados, y aun todos los pueblos, aunque no estén aún políticamente constituídos, con tal que tengan un derecho legítimo a constituírse en forma de Estado; que en estas grandes reuniones deberían discutirse también las cuestiones internacionales de gran importancia y fijarse las bases para regular las consecuencias de una guerra en lo que se refiere e interesa a los límites territoriales y a las instituciones que forman parte esencial del Derecho internacional común; que las Conferencias compuestas de las grandes potencias deberían tener a su cargo hacer respetar y ejecutar cuanto en los Congresos se hubiese decidido, a examinar las cuestiones complejas, a expresar la opinión de la mayoría acerca de la aplicación del derecho a los hechos controvertidos y velar por la tutela jurídica del derecho promulgado en los Congresos generales. Cuando se trate de una cuestión particular y a fin de resolver cualquiera controversia entre dos Estados llegase el caso de aplicar al hecho origen de la contienda el derecho promulgado en los Congresos o el convenio entre las partes mediante tratado, la decisión de dicha cuestión deberá deferirse a un Tribunal arbitral.

Filosófica y trascendental es la doctrina de Fiore sobre los Congresos y las Conferencias; pero con el homenaje de respeto que merece autoridad tan alta en el Derecho Internacional, debo decir que no hay razón justificable para excluir de las últimas a las pequeñas potencias, interesadas como las grandes en las cuestiones internacionales, y que, en virtud de la igualdad jurídica de los

Estados, tienen derecho de concurrir a esas reuniones con la misma voz y con el mismo voto de las grandes potencias.

Ésta ha sido la práctica durante los últimos 25 años. Los pequeños Estados han concurrido juntamente con los grandes a las Cuatro Conferencias Internacionales Americanas, a la de Ginebra en 1906 y a las de La Haya en 1899 y 1907. En la última de La Haya estuvieron representadas, todas las naciones, grandes y pequeñas, del mundo civilizado; y sus Delegados tomaron parte en los debates con entera libertad y concurrieron con voto igual a formar las resoluciones.

En cuanto a los otros medios pacíficos de evitar la guerra, como los buenos oficios, la mediación y las comisiones internacionales de investigación, han sido solemnemente consagrados, como se ha visto, por las Convenciones de La Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, y no pocos de éstos se han terminado felizmente después de celebrados aquellos importantísimos convenios.

II. Doctrina Drago.

Entre los medios excogitados para la solución pacífica de los conflictos internacionales, provenientes de reclamaciones por deudas contractuales, será de mucha eficacia el sugerido por la célebre Doctrina Drago.

Con motivo del conflicto ocurrido entre el Gobierno de la República de Venezuela y los de la Gran Bretaña y Alemania, cuyo origen se atribuyó en parte a los perjuicios sufridos por súbditos de las dos últimas potencias durante las revoluciones y guerras que tuvieron lugar en el territorio de la primera y en parte también a que ciertos servicios de la deuda externa del Estado, no habían sido satisfechos en la oportunidad debida, el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Dr. Luis M. Drago, dirigió con fecha 29 de diciembre de 1902, al Ministro Argentino en Wáshington una importante Nota para que a su vez la trasmitiera al Gobierno de los Estados Unidos. En ese despacho el gobierno argentino, en vista de los deplorables sucesos ocurridos entre Inglaterra y Alemania, por una parte, y Venezuela, por otra, expresó su manera de sentir acerca del cobro compulsivo de la deuda pública.

El ilustre estadista argentino consigna, entre otras, en su citada Nota, las siguientes consideraciones:

> Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera que sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedores por ello a las mismas consideraciones y respeto.
>
> El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, puede y debe ser hecha por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana; pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su Gobierno con todas las facultades que le son inherentes, por los fuertes de la tierra. Otros son los principios proclamados en este continente de América. "Los contratos entre una nación y los individuos particulares son obligatorios según la conciencia del soberano, y no pueden ser objeto de fuerza compulsiva," decía el ilustre Hamilton. No conceden derecho alguno de acción fuera de la voluntad soberana.
>
> Los Estados Unidos han ido muy lejos en este sentido. La enmienda undécima de su constitución estableció, en efecto, con el asentimiento unánime del pueblo, que el poder judicial de la nación no se extiende a ningún pleito de ley o de equidad seguido contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o súbditos de un Estado extranjero.
>
> La República Argentina ha hecho demandables a sus provincias y aun ha consagrado el principio de que la nación misma pueda ser elevada a juicio ante la Suprema Corte por los contratos que celebra con los particulares.

Lo que no ha establecido, lo que no podría de ninguna manera admitir, es que una vez determinado por sentencia el monto de lo que pudiera adeudar, se le prive de la facultad de elegir el modo y la oportunidad del pago, en el que tiene tanto o más interés que el acreedor mismo, porque en ello están comprometidos el crédito y el honor colectivos.

No es esto de ninguna manera defender la mala fe, el desorden y la insolvencia deliberada y voluntaria. Es simplemente amparar el decoro de la entidad pública internacional, que no puede ser arrastrada así a la guerra, con perjuicio de los altos fines que determinan la existencia y la libertad de las naciones.

El reconocimiento de la deuda pública, la obligación definida de pagarla no es, por otra parte, una declaración sin valor porque el cobro no puede llevarse a la práctica por el camino de la violencia.

El Estado persiste en su capacidad de tal, y más tarde o más temprano las situaciones obscuras se resuelven, crecen los recursos, las aspiraciones comunes de equidad y de justicia prevalecen y se satisfacen los más retardados compromisos.

El fallo entonces que declara la obligación de pagar la deuda, ya sea dictado por los Tribunales del país o por los de arbitraje internacional, los cuales expresan el anhelo permanente de la justicia como fundamento de las relaciones políticas de los pueblos, constituye un título indiscutible que no puede compararse al derecho incierto de aquél cuyos créditos no son reconocidos y se ve impulsado a apelar a la acción para que ellos le sean satisfechos.

Siendo estos sentimientos de justicia, de lealtad y de honor, los que animan al pueblo argentino y han inspirado en todo tiempo su política, Vuestra Excelencia comprenderá que se haya sentido alarmado al saber que la falta de pago de los servicios de la deuda pública de Venezuela se indica como una de las causas determinadas del apresamiento de su flota, del bombardeo de uno de sus puertos y del bloqueo de guerra rigurosamente establecido para sus costas. Si estos procedimientos fueran definitivamente adoptados, establecerían un precedente peligroso para la seguridad y la paz de las naciones de esta parte de América.

El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo, y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende.

Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América, y muy particularmente la doctrina de Monroe con tanto celo sostenida y definida en todo tiempo por los Estados Unidos, doctrina a que la República Argentina se ha adherido antes de ahora.

Dentro de los principios que anuncia el memorable mensaje de 2 de diciembre de 1823, se contienen dos grandes declaraciones que particularmente se refieren a estas Repúblicas, a saber:

Los continentes americanos no podrán en adelante servir de campo para la colonización futura de las naciones europeas, y reconocida como lo ha sido la independencia de los gobiernos de América, no podrá mirarse la interposición de parte de ningún poder europeo con el propósito de oprimirlos o controlarlos de cualquiera manera, sino como la manifestación de sentimientos poco amigables para los Estados Unidos.

La abstención de nuevos dominios coloniales en los territorios de este continente ha sido muchas veces aceptada por los hombres públicos de Inglaterra. A su simpatía puede decirse que se debió el gran éxito que la doctrina de Monroe alcanzó apenas promulgada. Pero en los últimos tiempos se ha observado una tendencia marcada en los publicistas y en las manifestaciones diversas de la opinión europea, que señalan estos países como campo adecuado para las futuras expansiones territoriales. Pensadores de la más alta jerarquía han indicado la conveniencia de orientar en esta dirección los grandes esfuerzos que las principales potencias de Europa han aplicado a la conquista de regiones estériles, con un clima inclemente en las más apartadas latitudes del mundo. Son muchos ya los escritores europeos que designan los territorios de Sud América con sus grandes riquezas, con su cielo feliz y su suelo propicio para todas las producciones, como el teatro obligado donde las grandes potencias, que tienen ya preparadas las armas y los instrumentos de la conquista, han de disputarse el predominio en el curso de este siglo.

La tendencia humana expansiva, caldeada así por las sugestiones de la opinión y de la prensa, puede, en cualquier momento, tomar una dirección agresiva, aun contra la voluntad de las actuales clases gobernantes. Y no se negará que el camino más sencillo para las apropiaciones y la fácil suplantación de las autoridades locales por los gobiernos europeos, es precisamente el de las intervenciones financieras, como con muchos ejemplos podría demostrarse.

El Dr. Drago resume su exposición en estos términos:

No pretendemos de ninguna manera que las naciones sudamericanas queden, por ningún concepto, exentas de las responsabilidades de todo orden que las violaciones del Derecho Internacional comportan para los pueblos civilizados. No pretendemos ni podemos pretender que estos países ocupen una situación excepcional en sus relaciones con las potencias europeas, que tienen el derecho indudable de proteger a sus súbditos tan ampliamente como en cualquiera otra parte del globo, contra las persecuciones o las injusticias de que pudieran ser víctimas. Lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción consagrado con motivo de los sucesos de Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión a los pueblos en este continente, porque una desgraciada situación financiera, pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.

Tal es la doctrina Drago, nueva en el Derecho Internacional y complementaria, puede decirse, por el pensamiento que la informó, de la famosa Doctrina de Monroe, ambas inspiradas en los más elevados sentimientos de panamericanismo.

La Tercera Conferencia Internacional Americana, reunida en Río de Janeiro en 1906, resolvió lo siguiente:

Recomendar a los Gobiernos representados en ella, que consideren el punto de invitar la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya, para que examine el caso del cobro compulsivo de las deudas públicas, y, en general, los medios tendientes a disminuír entre las Naciones los conflictos de origen exclusivamente pecuniario.

La gran Asamblea mundial, al tratar de tan importante asunto, dió a la Doctrina Drago la más solemne consagración.

El General Horacio Porter, Delegado de los Estados Unidos de América, formuló una proposición relativa a esa doctrina, cuyo texto, después de discutido, se presentó definitivamente a la Conferencia en los términos siguientes:

Con el fin de evitar entre las Naciones los conflictos armados de origen puramente pecuniario, provenientes de deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro país como debidas a sus nacionales, las potencias signatarias han convenido en no recurrir a la fuerza armada para el cobro de tales deudas contractuales. Sin embargo, esta estipulación no podrá ser aplicada cuando el Estado deudor rechace o deje sin respuesta una oferta de arbitraje, o en caso de aceptación haga imposible el establecimiento del compromiso, o después del arbitraje deje de conformarse a la sentencia pronunciada. Queda además convenido que el arbitraje de que se trata se conformará respecto de los procedimientos al Capítulo III de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, adoptada en La Haya, y determinará, cuando las partes no lo hayan convenido, la justicia y el monto de la deuda, el tiempo y modo de su pago.

Al ponerse al debate la anterior proposición, el Dr. Drago, miembro de la Conferencia como Delegado de la República Argentina, hizo en un notable discurso la exposición de su doctrina, suscitándose en seguida una brillante discusión, que se mantuvo interesantísima durante tres sesiones plenarias. La proposición

Porter fué acogida con calurosas manifestaciones de simpatía por ser una alta expresión de los ideales humanitarios y de los anhelos generosos que presidían las deliberaciones de aquella Ilustre Asamblea; y después de largos y luminosos debates, votaron en su favor 36 naciones, habiéndose abstenido de votar 8.

Así, la Doctrina Drago, condensada en la proposición Porter, ha sido sancionada, en virtud de la Convención respectiva celebrada por la Conferencia, como una ley internacional; y después de tan espléndido triunfo no ha habido ya reclamaciones por deudas contractuales, apoyadas en la fuerza de las armas.

III. Corte de Justicia Centro-Americana.

La institución más importante creada por la Conferencia de Paz Centro-Americana de Wáshington es sin duda alguna la Corte de Justicia Centro-Americana, que tiene actualmente su sede en San José de Costa Rica. Este es el primer Tribunal de Justicia Arbitral, organizado con funciones permanentes, para decidir las cuestiones internacionales de los Estados de Centro-América.

En virtud del Tratado respectivo, celebrado por aquella memorable Asamblea, en 20 de diciembre de 1907, se convino en constituir y sostener el Alto Tribunal de Justicia que, según el mismo Tratado, representa la conciencia nacional de Centro-América, no pudiendo por lo mismo los Magistrados que componen el Tribunal considerarse inhibidos del ejercicio de sus funciones por el interés que tengan en algún caso o cuestión las Repúblicas de donde se derive su nombramiento.

La Corte de Justicia Centro-Americana se compone de cinco Magistrados nombrados uno por cada República, y tiene jurisdicción para conocer de todas las controversias o cuestiones, de cualquiera naturaleza que sean y cualquiera que sea su origen, suscitadas entre los Gobiernos de Centro-América, y que éstos están comprometidos a someterle en el caso de que las respectivas Cancillerías no hubieren podido llegar a un avenimiento.

La Corte está asimismo llamada a conocer de las cuestiones que inicien los particulares de un país centroamericano contra alguno de los otros Gobiernos contratantes por violación de tratados o convenciones, y en los demás casos de carácter internacional, sea que su Gobierno apoye o no dicha reclamación, y con tal que se hubieren agotado los recursos que las leyes del respectivo país concedieren contra tal violación, o se demostrare denegación de justicia.

También conocerá de los casos que ocurran entre alguno de los Gobiernos contratantes y personas particulares, cuando de común acuerdo le fueren sometidos.

Entra asimismo en sus facultades conocer de las cuestiones internacionales que por convención especial hayan dispuesto someterle alguno de los Gobiernos centro-americanos y el de una nación extranjera; y también de los conflictos que pueda haber entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales o las resoluciones del Congreso Nacional.

Las sentencias del Tribunal son ejecutorias, ya que los interesados en las controversias que se sometan a su decisión están comprometidos a acatarlas, y todas las Repúblicas contratantes a prestar el apoyo moral necesario para que tengan su debido cumplimiento, constituyendo en esta forma una garantía real y positiva de respeto a la Convención y a la Corte de Justicia Centro-Americana.

Tales son, en lo sustancial, los principios consignados en la Convención que dió existencia a la Alta Corte de Justicia. Contiene además la Convención estipulaciones relativas al nombramiento de los miembros del Tribunal, a la duración de sus funciones, a las inmunidades que les corresponden, a las principales reglas para la tramitación de la demanda que se promueva y para

el fallo definitivo, etc.; y está sujeto asimismo el Tribunal a un Reglamento Interior y a una Ordenanza de Procedimientos dictados por él mismo.

Este Alto Tribunal ha prestado ya un valioso servicio a Centro-América, evitando una guerra que parecía inminente entre varios de los Estados en 1908, el mismo año de su inauguración.

En julio de aquel año estalló un movimiento revolucionario en Honduras. El Gobierno de aquella República pretendía hacer responsables a Guatemala y El Salvador de ese movimiento, que suponía apoyado por los Gobiernos de estas dos Repúblicas. Con tal motivo, sin que la cuestión se ventilara previamente por las Cancillerías, como lo establece la Convención respectiva, el Gobierno hondureño entabló demanda en forma ante la Corte contra los Gobiernos de El Salvador y Guatemala, reclamando indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas de vidas y propiedades.

La demanda fué tramitada con arreglo a la respectiva Ordenanza de Procedimientos; y se fijó desde luego, a solicitud de la Alta Parte Actora, el *statu quo* en que debían permanecer los Estados contendientes mientras se decidía la cuestión, comprendiéndose en las órdenes dictadas al Gobierno de Nicaragua, interesado en favor de Honduras. Las Altas Partes litigantes cumplieron estrictamente las órdenes comunicadas al respecto; y en consecuencia, no hubo aprestos bélicos: la lucha se verificó en el foro internacional centroamericano, entre los ilustres abogados de las partes, quienes discutieron extensamente los derechos de éstas y presentaron todas sus probanzas ante el Tribunal juzgador.

Este decidió el asunto absolviendo a los Gobiernos demandados del cargo formulado contra ellos y declarando en consecuencia no haber lugar a la responsabilidad reclamada por la Alta Parte Actora, sin condenación en costas.

La sentencia definitiva de la Corte, que expone ampliamente los hechos ventilados y las pruebas aducidas por las partes, y que contiene luminosos razonamientos, vino a poner término al conflicto, restableciendo los sentimientos de cordialidad y las buenas relaciones fraternales entre los Estados disidentes y consolidando la paz de Centro-América.

Demostrada la inculpabilidad de los Gobiernos demandados, el triunfo obtenido por ellos, en virtud del fallo imparcial de la Corte, ante el cual se inclinaron respetuosamente los contendientes, es al mismo tiempo un hermoso triunfo de la justicia internacional; siendo este el primer caso que en el mundo se presenta de un juicio ventilado entre naciones, ante un Tribunal permanente, con todas las solemnidades prevenidas por la Convención respectiva y por la Ordenanza de Procedimientos, y siendo esta la manifestación más alta del amor y devoción de estos pueblos a la justicia y a la paz, fuentes perennes de su progreso y bienestar.

Después de tan notable precedente es consoladora la esperanza de que en lo sucesivo toda contienda que se suscite entre los Estados de Centro-América, en vez de ser resuelta en los campos de batalla, donde el triunfo es siempre para el más fuerte, sea llevada al campo del foro, donde la justicia inmutable resplandece con luces diamantinas, lo mismo que para el fuerte para el débil.

La Corte de Justicia Centro-Americana costará a los Gobiernos del Istmo, en los diez años para que ha sido instituída 500.000 dólares, suma relativamente pequeña si se compara con la que habrían gastado en una guerra las cuatro naciones empeñadas en el conflicto de 1908, sin contar las enormes pérdidas que habrían sufrido la agricultura, el comercio y demás industrias y todas las calamidades consiguientes a ese estado anormal, y lo que habría sido más sensible, la pérdida de vidas humanas.

Ha conocido también la Corte de varias demandas de particulares contra algunos Gobiernos de Centro-América, inspirándose siempre sus fallos en las leyes y en los principios eternos de justicia.

Este Tribunal es en la actualidad la salvaguardia de la paz en las cinco secciones en que está dividida la antigua Federación Centro-Americana; y es al propio tiempo un alto exponente de la civilización y cultura de estos pueblos.

IV. Unión de las Repúblicas Americanas.

La Primera Conferencia Internacional Americana creó la "Unión Internacional de las Repúblicas Americanas" y la Oficina que le sirve de órgano, denominada hoy "Unión Pan-Americana." Esta importantísima institución ha sido mantenida y notablemente mejorada por las Conferencias subsiguientes.

La "Unión Pan-Americana," a cargo actualmente del Señor John Barrett, como Director General, ha hecho mucho por la paz de las naciones de América, facilitando el mutuo conocimiento de éstas y su mayor acercamiento en sus relaciones diplomáticas y comerciales y estrechando cada día más los vínculos de amistad y fraternidad que existen entre ellas. Al amor que tiene a la causa panamericana el Sr. Barrett, así como a su competencia y laboriosidad se debe el actual estado floreciente de la "Unión Panamericana" y sus valiosísimos servicios a tan noble causa.

Esta notable Institución tiene, según Resolución de la Cuarta Conferencia Internacional Americana, las atribuciones siguientes:

1°. Compilar y distribuir datos comerciales y proporcionar informes al respecto;

2°. Compilar y clasificar todo lo referente a los Tratados y Convenciones entre las Repúblicas Americanas y entre éstas y otros Estados y a la legislación vigente en ellas;

3°. Informar sobre asuntos de educación;

4°. Informar sobre las cuestiones designadas por el acuerdo de las Conferencias Internacionales Americanas;

5°. Contribuir a obtener la ratificación de las Resoluciones y Convenciones adoptadas por las diferentes Conferencias;

6°. Dar cumplimiento a todas las Resoluciones que le hayan impuesto o le impongan las Conferencias Internacionales Americanas;

7°. Funcionar como Comisión Permanente de las Conferencias Internacionales Americanas, iniciando proyectos que pudieran ser incluídos entre los temas de la próxima Conferencia; estos proyectos deberán ponerse en conocimiento de los diferentes Gobiernos que forman la Unión, seis meses, por lo menos, antes de la fecha en que deba reunirse la próxima Conferencia.

8°. Presentar con la misma anticipación a los diferentes Gobiernos, una Memoria acerca de las labores de la Unión desde la última Conferencia, y también informes especiales sobre cada uno de los asuntos cuyo estudio se le hubiere encomendado;

9°. Tener bajo su custodia los Archivos de las Conferencias Internacionales Americanas.

La Dirección de la "Unión Pan-Americana" está a cargo de un Consejo Directivo, constituído por los Representantes Diplomáticos de todos los Gobiernos de dichas Repúblicas, acreditados ante el Gobierno de los Estados Unidos de América y por el Secretario de Estado de esta Nación, a quien las Repúblicas Americanas han conferido la Presidencia del Consejo Directivo. La administración de la Institución corresponde al Director General, nombrado por el Consejo Directivo, de acuerdo con los Estatutos, con el Reglamento y con las disposiciones del mismo Consejo.

En la capital de cada una de las Repúblicas de la Unión existe una Comisión Pan-Americana, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, encargada de:

(a) Gestionar la aprobación de las resoluciones adoptadas por las Conferencias;

(b) Sûministrar a la "Unión Pan-Americana" con precisión y a la mayor brevedad todos los datos que ella necesitare para la preparación de sus trabajos;

(c) Presentar, por iniciativa propia, los proyectos que juzgue convenientes a los fines de la Unión, y ejercer las demás atribuciones que, a los mismos fines, les confieran los respectivos Gobiernos.

La Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas fué instalada en un soberbio palacio, construído para ella en Wáshington, merced a la munificencia del gran filántropo americano Sr. Andrew Carnegie, quien hizo con tal objeto un cuantioso donativo, habiendo comprado el terreno en 200,000 dólares el Gobierno de Estados Unidos y contribuído en proporción a su población con un poco más de 50,000 dólares las otras Repúblicas.

El acto de inauguración de la Oficina se verificó el 26 de abril de 1910, y concurrieron a la ceremonia las autoridades supremas de Estados Unidos y el Cuerpo Diplomático, acreditado ante aquella nación.

En esa brillante fiesta de las Repúblicas Americanas, congregadas en Wáshington, por medio de sus ilustres representantes, se oyeron voces que impresionaron gratamente, voces de amor, de unión, de paz y de concordia y votos los más fervientes en favor de las Repúblicas Americanas.

Son dignas de repetirse siempre algunas de las palabras que en aquella solemne ocasión se pronunciaron para que perduren en el corazón de todos los pueblos de América.

El Cardenal Gibbons, al ofrecer la invocación, dijo:

Permite, oh Señor, que este templo consagrado a la paz internacional sea monumento perdurable de concordia y amistad entre nuestra amada patria y las Repúblicas hermanas del hemisferio occidental; y deja que el Evangelio del Príncipe de la Paz influya en los ánimos de los jefes de naciones y sus ministros para que en lo futuro toda disputa internacional no se lleve a los campos de batalla sino a las cortes de conciliación, para ser ajustada, no por medio de ejércitos permanentes sino por tribunales de arbitraje; no por la espada sino por la pluma y la voz de la cordura, más poderosa que el acero.

El Sr. Philander C. Knox, Secretario de Estado y Presidente del Consejo Directivo de la Oficina, dijo:

Los grandes movimientos de los pueblos de la tierra hacia el establecimiento do los vínculos más estrechos de compañerismo y de verdadera confraternidad, son a menudo muy lentos y no obedecen a la imposición arbitraria de fuerzas extrañas. El primer impulso nace de la convicción más profunda que se apodera de los pueblos vecinos de que el desarrollo y la prosperidad de cada uno está en armonía con el progreso de todos, y que entre pueblos que persiguen los mismos ideales viven en las mismas condiciones políticas y comparten el mismo medio ambiente, existe cierto sentimiento de unidad, que les lleva a formar lazos más íntimos. El desenvolvimiento y goce de este sentimiento es obra del tiempo; quizá de siglos. Rara vez se siembra esa semilla y se cosechan sus frutos durante la vida de una sola generación.

El movimiento, que hoy venimos a ver confirmado aquí, ha sido excepcionalmente favorecido. No tenemos que ir a buscar muy lejos la razón de su rápido desarrollo. El terreno fué preparado hace un siglo cuando las colonias de la América española, desde el Rio Grande hasta el Cabo de Hornos se establecieron como Estados libres, siguiendo el ejemplo de sus hermanas de los Estados Unidos del Norte, y de comunidades dependientes que eran de una Madre Patria común, vinieron a ser todas obreras y compañeras en la labor de robustecer las soberanías hermanas. Estas soberanías son aún jóvenes, según la historia mide el tiempo, y es coincidencia venturosa que conmemoren en este año la independencia que hace un siglo alcanzaron.

Muchos de los presentes asistieron hace veinte años al nacimiento de la idea panamericana en la Primera Conferencia Internacional Americana, que se celebró en esta capital. Año tras año con íntima solicitud la hemos visto crecer. Desde el primer día el pueblo de los Estados Unidos, representado por su Gobierno y su Congreso, han venido prestando a la grande empresa su apoyo efectivo y sincero. Los Representantes de todas las Repúblicas del continente occidental se han reunido en cordial armonía a la sombra de la bandera internacional panamericana, como huéspedes de honor de la Unión Americana: y esta nación, a su vez, atenta en todo tiempo a los sagrados deberes que le impone la cortesía, siempre ha tomado parte, como simple colaboradora, en los trabajos del gran cuerpo político creado por los esfuerzos combinados de todos. Como consecuencia lógica de esta doble relación, el local de la Oficina Internacional, en donde ahora nos hallamos, es en parte donativo hecho por un ciudadano de los Estados Unidos a todos los pueblos de las Repúblicas del continente occidental, y también es igualmente lógico que nosotros los americanos del norte aceptemos al igual de nuestros otros hermanos panamericanos este noble obsequio, firmes en la convicción de que será un instrumento digno para trabajar por el logro de las altas miras de la Oficina Internacional. Así, pues, con el corazón agradecido suplicamos al Dispensador de todas las mercedes que bendiga una y tres veces los esfuerzos de nuestra asociación para que por su influencia las naciones de Pan-América logren, de año en año, estrechar más y más los lazos de la buena inteligencia y mayor comunidad de intereses generosos que las unen.

El Sr. Elihu Root, ex-Secretario de Estado y Senador, habló así:

El proceso de la civilización obedece a la influencia de la asociación. El hombre, la comunidad, las naciones retrogradan hacia el salvajismo cuando viven en el aislamiento, que los separa del resto de la humanidad a causa de las diferencias y antipatías que los alejan. Es en la asociación que se crean las simpatías y se olvidan las diferencias, porque hay en los hombres más elementos de bien que de mal, cuando se conocen. Aquí tenemos hoy un ejemplo de lo que se logra por medio del conocimiento mutuo, la cooperación, la armonía y la amistad; aquí tenemos una muestra palpable de lo que se puede alcanzar en el porvenir. Desde estos balcones el Consejo Directivo de la Oficina Internacional verá correr las aguas del noble río que riega el que fué hogar de Wáshington, reunido bajo la sombra de ese monumento tan majestuoso y sencillo, que representa el concepto que tenemos de aquella alma, la más grande que resplandece en la historia del hombre por sobre todo sentimiento de celos, envidia o mezquindad. Su influencia predomina en todos los pueblos, y a todos pertenece. No hay en el mundo un hombre libre que no le sea deudor y no le admire y venere. Dedicamos este edificio al servicio del credo político que profesó. Que sea, pues, perdurable y que mientras exista, dentro de sus muros y bajo la influencia de los propósitos generosos que engendraron la idea que representa, la costumbre del dominio de sí mismo, de la mutua consideración, y la generosidad del pensamiento, excluyan de este recinto la ruindad, el egoísmo, los prejuicios de la ignorancia y los impulsos inconsultos de un amor propio exagerado. Que la humanidad contemple este monumento como una piedra miliaria en la vía de la civilización hacia el imperio de la opinión pública universal, que condenará como a enemigo, de la felicidad de las Repúblicas Americanas a todo el que, ya sea por espíritu de rebeldía, de ambición egoísta o deseo de mando, llegue a turbar la paz.

El Sr. Francisco L. de la Barra, Embajador de México, expresó lo que sigue:

La historia, que nos muestra en todas sus páginas la lucha tenaz por la vida entre los individuos y entre las razas como una ley que muchos consideran fatal, registrará esta ceremonia en que se ostentan las tendencias comunes de las dos razas principales que pueblan este Continente, llamado a grandes destinos en la vida de la humanidad.

Por el alcance político y económico que muchos han supuesto al panamericanismo, su concepto fundamental ha sido vivamente discutido, censurado por unos, aplaudido por otros y considerado por los más como una utopía irealizable. Pero si por panamericanismo entendemos la comunidad de sentimientos, de pensamiento y de aspiraciones en las Repúblicas Americanas para hacer más cordiales sus relaciones de amistad, más firmes los vínculos de intereses que las unen, con mutuas ventajas, y más eficaz el respeto al derecho ajeno, y si al realizar esas

aspiraciones en nada se vulneran los derechos esenciales de propia conservación, de libertad, de independencia y de igualdad jurídica de los Estados, debemos celebrar la terminación de este edificio, dedicado a ese pensamiento.

Éste es el sano panamericanismo, que ha inspirado nuestras conferencias internacionales en su obra de concordia y que ha hecho surgir este magnífico palacio, blanco como la bandera de la paz, amplio y bañado de luz como los espíritus que concibieron la idea que aquí ha tomado forma sensible, y apoyado sólidamente en los cimientos que lo sustentan, con firmeza igual a la que tiene en cada uno de nuestros países el amor a la patria y a la justicia.

Hagamos, pues, votos calurosos, señoras y señores, porque la inauguración del Palacio de las Repúblicas Americanas sea el punto de partida de una nueva etapa en que se manifieste una mayor estimación mutua, más cordial cada día, entre las naciones de este continente, conciliando sus diversas tendencias en un ideal común de paz, de justicia y de progreso, como en este palacio supieron harmonizar los arquitectos, con arte exquisito y representándolas hermosamente, la severidad y la grandeza del pueblo de esta República y la gracia y la elegancia del espíritu latinoamericano.

El Sr. Andrew Carnegie dijo:

Estoy perfectamente persuadido de que todos los gobernantes y estadistas de la tierra en su cordial deseo por que haya paz, son sinceros en sus manifestaciones. ¿Por qué, entonces, no podemos conseguir esa paz tan universalmente deseada? También abrigo la íntima persuación de que la verdadera razón del mal éxito consiste en que esos gobernantes y estadistas no se conocen bien. Son extraños entre sí, y por consiguiente los unos tienen recelos de los otros. Cuando surge alguna diferencia entre ellos, se tratan como extraños, ignorando la sinceridad, la verdad, el delicado concepto del honor, el deseo cordial de paz latente en el corazón del adversario. Hay un proverbio francés que explica que los que no se conocen son los que se odian. La proposición contraria es no menos cierta; sólo amamos a los que conocemos.

Hay diferencia entre dos individuos; si no se conocen, el resultado es probablemente la lucha. Dos amigos tienen una diferencia, el resultado probable es el arreglo pacífico por convenio mutuo, y en caso de no llegar a ésto, por medio del arbitraje entre amigos, y los amigos litigantes continúan en mejores términos. ¿Por qué? Porque ni uno ni otro se han erigido en jueces de sus propias pretensiones, procedimiento éste que quebranta los principios elementales de la justicia natural. El mayor crimen que puede cometer el hombre o el Estado es insistir en hacer lo que en la justicia ordinaria llevaría al Juez a sufrir la vergüenza del descrédito, si osara dictar sentencia en una causa en la cual es parte interesada. En las naciones en donde se tolera el duelo, el descrédito de esta práctica es cada día mayor, y se hace más general el recurso del Tribunal de Honor, al que toca determinar antes que todo si está justificado el procedimiento de ambos contendientes.

Una de las funciones principales de este palacio, que es el hogar común de todos, debe ser la de acercar más a los diplomáticos y a otras personalidades eminentes de todas nuestras Repúblicas, para que se conozcan mejor entre sí, y aprendan a admirar las virtudes de sus colegas y especialmente el deseo sincero que les anima por la prosperidad de los otros, y sus anhelos porque entre todos reine siempre la paz. De aquí saldrán amigos constantes a quienes se puede confiar con toda seguridad el ajuste de cualesquiera diferencias internacionales que pudieran surgir. Sobre todo podemos esperar que entre estos amigos nadie habrá de insistir en hacerse Juez de su propia causa, si alguno propusiera someter a un amigo mutuo el arreglo de la dificultad. Es ésta una de las grandes misiones que toca desempeñar a esta institución internacional, bajo cuyo techo nos hallamos reunidos. Y no habrá cumplido esa misión hasta que—y hago aquí por ello los votos más fervientes—cada una de las Repúblicas, incluyendo el Canadá, haya convenido en no hacer uso de la espada.

La declaración más importante que haya hecho en esta materia el Jefe de una Nación fué la de nuestro Presidente, en Nueva York, hace poco. Proclamó el arreglo arbitral de todas las diferencias internacionales, sin excepción de ninguna especie; un Tribunal de Honor que decidiera si en la disputa se hallaba

envuelto ese fantasma de las naciones que se llama el honor, bien entendido que se reconocerían como sagrados y fuera de toda controversia la independencia y los límites territoriales de los países que existan hoy. Nos dió la verdadera solución del problema de la Paz contra la Guerra, y colocó a nuestra República en la vanguardia de la civilización. Ese hombre figurará en la historia como uno de los grandes bienhechores de su raza.

La guerra engendra el crimen, puesto que la victoria es para el fuerte y no para el que solo tiene la razón.

En ese momento viene a mi memoria un poema titulado "La Nueva Edad," del cual citaré estas estrofas:

Cuando se hayan olvidado por inútiles las armadas y las flotas; cuando la paloma pueda hallar calor bajo las álas del águila; cuando el recuerdo de las batallas nos parezca anticuado y extraño; cuando las naciones tengan una sola bandera y el hombre un solo credo, entonces en todos los mundos creados por Dios morirá el último eco del odio y de la discordia, en la lucha por el bien, en la victoria de la Paz.

Con estas palabras de Washington, el Padre de nuestra Patria, que llevo siempre grabadas en mi corazón: "Mi mayor deseo es ver que ese azote de la humanidad, la guerra, desaparezca de la tierra," tomo parte en esta ceremonia que se celebra hoy con motivo de dedicar el Palacio de las Repúblicas Americanas al desempeño de la más noble de las misiones, que es la de abolir el homicidio como medio de arreglar las disputas internacionales.

El Presidente de Estados Unidos, Sr. Taft, dijo:

Considero un gran honor para los Estados Unidos de América, que veintiuna Repúblicas hayan consentido en que el hogar de la Oficina de las Repúblicas Americanas se estableciera aquí, se edificara en nuestro suelo. Como la hermana mayor de nuestras otras veinte hermanas, nos sentimos orgullosos de esta primogenitura. Estamos ansiosos de que cada uno de los miembros de la familia sepa que creemos que en ella debe existir igualdad absoluta, y que no insistimos en que se nos prefiera por el mero hecho de ser mayores y de que, por el momento, podamos contar mayor número de cabezas.

Deseo felicitar a nuestras Repúblicas hermanas por el maravilloso progreso que han alcanzado en los dos últimos decenios, en el desarrollo material, y en el de aquello sin lo cual ni el progreso moral ni el material son posibles: en la paz, en la estabilidad del Gobierno consciente de que, en los anales de un país las páginas más pesadas son las dedicadas a la paz y a la felicidad. Los pocos casos que aun quedan de disturbios en algunos países disminuyen ante el maravilloso progreso y la prosperidad de los que conservan la estabilidad del Gobierno por la aplicación de la regla pacífica de las mayorías.

Huelga decir que el objeto principal de la política extranjera de los Estados Unidos es la conservación de la paz entre las Repúblicas Americanas. Tampoco hay para que decir que la organización de la Oficina de las Repúblicas Americanas y la formación de esta familia de Repúblicas Americanas son acontecimientos que tienden más que nada a la conservación de esa paz, porque nosotras las veintiuna Repúblicas no podemos permitir que dos o tres de entre nosotras anden reñidas. Debemos impedirlo. Ni el señor Carnegie, ni yo, vamos a darnos por satisfechos hasta que las diecinueve restantes intervengan, tomando medidas lícitas para acabar el desacuerdo que existe entre las dos.

Claro está que no somos todos filántropos como el señor Carnegie. Tenemos además otro interés en la Oficina de las Repúblicas Americanas, el de conservar la buena armonía entre las veintiuna Repúblicas, en la esperanza de que cada una de nosotras pueda mejorar el comercio, que las relaciones más estrechas han de fomentar.

Después del acto simbólico de plantar el "Árbol de la Paz" en el patio del palacio por el Presidente Taft y el señor Carnegie, el Obispo Harding ofreció la siguiente bendición:

Oh, Señor, Nuestro Padre Celestial, alto y poderoso Rey del Universo, que desde tu trono ves a todos los habitantes de la Tierra, invocamos tu bendición para este templo de paz; para todos los fines con que ha sido construído, y para aquellos en cuyos corazones inspiraste la idea y a quienes has dado gracia y poder para realizarla fielmente. Pedimos que bendigas a tu siervo, el Presi-

dente de los Estados Unidos; y a todos los que están investidos de autoridad en este país, y a todos los Presidentes y Gobernantes de nuestras hermanas las Repúblicas de este Nuevo Mundo, a fin de que sus decisiones y actos sean guiados hacia el fomento de la unidad, la paz y la concordia entre las naciones, y de que la obra de la Oficina de las Repúblicas Americanas propague "paz en la tierra y buena voluntad entre los hombres" en los pueblos de este Continente y en todas las Naciones.

Que esas voces elocuentes y armónicas repercutan siempre en todos los pechos para que impere el derecho y haya justicia y paz en todas las naciones del mundo de Colón.

V. Establecimiento de una Corte de Justicia Pan-Americana.

El principio de arbitraje y la idea de los Tribunales de justicia permanentes han ganado ya mucho terreno en la conciencia de las naciones civilizadas, y han sido sancionados por los parlamentos, representación genuina de los pueblos.

A este respecto, Fiore y Martens consignan los datos siguientes:

El Congreso de los Estados Unidos, en 1874, acordó por unanimidad la siguiente orden del día:

Considerando que la guerra destruye el bienestar material del pueblo, ejerce una influencia inmoral y está en contradicción con la opinión pública ilustrada, el pueblo de los Estados Unidos, en la persona de sus representantes en el Congreso, recomienda que sea reemplazada por un Tribunal arbitral e inserta, cuando esto sea posible, en los tratados que se concluyan con los Gobiernos extranjeros, una cláusula que tienda a establecer que ninguna de las partes declarará la guerra a la otra mientras no se hayan hecho todos los esfuerzos necesarios para eliminar los motivos de la reclamación mediante un arbitraje imparcial.

La Cámara de los Comunes de Inglaterra votó en 1873 una resolución, expresando el deseo de que el Secretario de Estado para los Negocios Extranjeros entrase en negociaciones con las demás potencias a fin de establecer un Tribunal arbitral común y permanente, encargado de arreglar las disensiones internacionales.

En el mismo año la Cámara de Diputados de Italia aceptó por unanimidad una proposición de Mancini, encaminada a la más amplia aplicación del arbitraje en las disensiones internacionales, y a que el Gobierno aproveche las ocasiones favorables para introducir en los tratados una cláusula según la cual las dificultades relativas a la interpretación y ejecución de los mismos fuesen resueltas igualmente por el arbitraje.

Las Cámaras de Holanda, Suecia y Bélgica han adoptado análogas resoluciones.

Algunos publicistas modernos opinan que para la organización jurídica de la sociedad internacional de los Estados se debe comenzar por instituir un Tribunal arbitral permanente.

Kamarowski, profesor de la Universidad de Moscou, citado por Fiore, sostiene que la institución de un Tribunal internacional es una exigencia de los principios mismos que sirven de base a la organización de los Estados modernos y a las relaciones internacionales que entre los mismos existen. Se apoya en la Historia para probar que esa institución es reclamada por la conciencia de los pueblos civilizados, y demuestra que la existencia de un Tribunal internacional, cuyas sentencias fuesen ejecutorias para los Estados, no es contraria en modo alguno a la soberanía e independencia de los mismos.

Lorimer, citado también por Fiore, ha estudiado la organización de una Asamblea internacional permanente. Opina que puede componerse dicha Asam-

blea en la misma forma que un parlamento y con órganos distintos para ejercer el poder legislativo, el judicial y el ejecutivo. Según este publicista, la función legislativa debe confiarse a un Senado y a una Cámara de Representantes que serían nombrados por los diversos Estados, y que deberían tener su residencia en Constantinopla, que se convertiría en un Estado independiente. El poder judicial debería confiarse a un Tribunal internacional que decidiría todas las cuestiones internacionales en materia civil y penal. Al poder ejecutivo debería confiársele el poder coercitivo, y con tal objeto debería tener a la disposición un ejército internacional.

Fiore cree que sería posible instituir un Tribunal superior; pero las principales dificultades que según él se encuentran, consisten en que falta todavía una verdadera legislación internacional, aceptada por los Estados y sancionada mediante el *consensus gentium*, y en hallar el modo de hacer ejecutorias las decisiones del poder central.

Todos entendemos, dice este ilustre publicista, que debe darse a la sociedad de los Estados civilizados una base jurídica, y compartimos también nosotros la opinión de aquellos que estén convencidos de que no podrá perpetuarse la actual desorganización de la sociedad internacional, pero debemos sin embargo observar que se llegaría tanto a realizar la deseada reforma cuanto más moderadas sean las aspiraciones y más encerradas estén dentro de los límites que imponen las circunstancias.

Sin descender a detalles, nos limitamos a repetir lo que ya hemos dicho; esto es, que para organizar la sociedad internacional de un modo análogo a la sociedad civil, conviene tener en cuenta, que así como hay máximas fijas y bien determinadas para regular las relaciones de la vida privada, así deben existir principios de derecho vigentes que regulen las relaciones entre los Estados. Cuando surge una cuestión en materia de sucesión, de propiedad, de estado civil, &., puede el Tribunal examinarla y resolverla, porque halla en el Código las reglas de derecho y no necesita hacer otra cosa que averiguar cuál es la aplicable a aquel hecho concreto, y aplicarla; pero el Derecho Internacional está todavía en el período de formación, y si bien se hace cada vez más urgente proclamar las leyes internacionales que tengan una autoridad reconocida por todos los Estados civilizados, es el hecho que no se ha llegado a verificarlo; y mientras esto no se realice, es inútil pensar en Tribunales ni Consejos permanentes, ni otra clase de instituciones con autoridad para juzgar y decidir las controversias, puesto que para poder hacerlo con arreglo a los principios del derecho, es necesario, ante todo, saber cuáles sean los principios del Derecho vigente.

Es cierto que no hay todavía una legislación internacional o un Código de Derecho Internacional; pero existen principios reconocidos por todas las naciones cultas, muchos de ellos sancionados como leyes internacionales en virtud de los tratados, y que al menos obligan a las partes contratantes. Conforme a estos principios se ha resuelto en todo tiempo por los Tribunales arbitrales gran número de controversias surgidas entre los Estados, algunas importantísimas, y la tendencia actual de los Gobiernos y de los publicistas es la de formar un Código de Derecho Internacional.

La Tercera Conferencia Internacional Americana instituyó una Junta Internacional de Jurisconsultos, integrada por Representantes de todos los Estados, y encargada de la preparación de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público que regulen las relaciones entre las naciones de América. Dicha Junta tuvo ya su primera reunión, el año de 1912, en Río de Janeiro, y es de esperarse que sus interesantes labores en las próximas reuniones sean coronadas con éxito feliz.

Es innegable también que no hay medios para hacer ejecutorias las sentencias de un Tribunal arbitral; es decir, no existe un poder, superior al de los Estados, encargado de hacerlas cumplir; y parece que la Asamblea Internacional, cuya organización ha estudiado Lorimer, en la forma que éste la propone, es imprac-

ticable; pero debe reconocerse que la conciencia del mundo civilizado y la opinión pública universal forman una fuerza moral tan grande que influye eficazmente en el cumplimiento de los fallos arbitrales. Y esto lo comprueba la experiencia diaria, pues por rarísima excepción habrá sucedido que un Estado se haya resistido a cumplir un laudo. En todos los casos atrás citados, tanto las naciones de Europa como las de América han acatado las decisiones de los Tribunales instituídos para la resolución de sus controversias.

No son, pues, tan serios los inconvenientes para la institución de un Tribunal de Justicia Arbitral. La Segunda Conferencia de La Paz de La Haya, al expresar en el Acta Final sus declaraciones y votos, recomendó a las potencias la adopción de un proyecto de Convención para el establecimiento de dicho Tribunal, proyecto formulado por la misma Conferencia, y que por su grande importancia va como anexo al final.

Con motivo del gran conflicto europeo no se reunió en el presente año, como estaba previsto, la Tercera Conferencia de La Paz; pero el Instituto de Derecho Internacional se preocupó en tiempo oportuno de formular el programa que debía sometérsele; y al efecto nombró una Comisión compuesta de nueve miembros, todos ellos ilustres internacionalistas. Esta Comisión por unanimidad expresó en su informe que es altamente deseable que sea satisfecho el voto emitido por la Segunda Conferencia de La Paz en favor del establecimiento de una Corte de Justicia Arbitral.

Los tratados de arbitraje obligatorio que existen actualmente entre las naciones de América deben refundirse en un solo tratado colectivo. Adoptada esta resolución por el Segundo Congreso Científico Pan-Americano, correspondería a la Quinta Conferencia Internacional Americana que ha de reunirse al terminar la guerra europea, celebrar la Convención respectiva.

Estipulado el abitraje obligatorio entre todos los Estados Americanos, se impone la creación de un Tribunal Permanente de Justicia Arbitral.

De tres modos se puede constituir un Tribunal Permanente de Justicia para las naciones de América:

1°. Convertir en Corte Permanente el Consejo Directivo de la "Unión Pan-Americana," compuesto de los Representantes diplomáticos de todos los Estados del Continente y del Secretario de Estado de Estados Unidos, como Presidente *ex-officio*. Esta Corte sería análoga a la establecida en La Haya.

Para cada caso de arbitraje que hubiere de decidirse, las partes interesadas organizarán el Tribunal Arbitral, designando sus miembros de entre los individuos de la Corte, de la misma manera que está prescrito en la Convención de La Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales. Pueden las partes, por ejemplo, designar para formar el Tribunal a los representantes diplomáticos de las Repúblicas del A B C.

El Tribunal observará en sus procedimientos las mismas reglas establecidas en la referida Convención.

2°. El Consejo Directivo de la Unión Pan-Americana, en pleno, puede funcionar como Tribunal Arbitral, teniendo una sesión anual para resolver los casos que ocurran.

Al sobrevenir una disputa entre dos o más naciones de América, ¿no es lo más natural y conveniente que la decidan todas ellas juntas por medio de sus altos representantes diplomáticos, que de ordinario son eminentes jurisconsultos internacionalistas?

3°. Si no satisfacen los medios propuestos en los números anteriores, se puede adoptar un proyecto de Convención para el establecimiento de un Tribunal de Justicia Arbitral análogo al recomendado por la Segunda Conferencia de La Haya.

El Tribunal Arbitral Permanente para decidir las cuestiones que se susciten entre los países americanos, se puede llamar "Corte de Justicia Pan-Americana;" y su institución es sin perjuicio de las funciones de la Corte Permanente de Arbitraje establecida en La Haya.

VI. Homenaje al Apóstol de la Paz.

Séame permitido consignar aquí un homenaje de admiración y simpatía al que en justicia debe llamársele Apóstol de la Paz, al ilustre filántropo americano Sr. Andrew Carnegie.

Un gran corazón y una gran fortuna puestos incondicionalmente al servicio de la más noble de las causas: el imperio del derecho y la justicia y la paz y la concordia entre todas las naciones del mundo civilizado.

Nunca una inmensa fortuna se ha encontrado en manos tan generosamente pródigas. El Sr. Carnegie ha destinado sumas cuantiosas a la realización de grandes y nobilísimos ideales. Donó 750,000 dólares para la construcción del Palacio de las Repúblicas Americanas en Washington, y después 100,000 dólares más para embellecer los terrenos del edificio. Para el Palacio de La Paz de La Haya hizo un donativo de 1,500,000 dólares. Para el Palacio de la Corte de Justicia Centro-Americana en Cartago, donó 100,000 dólares; y destruído este edificio por un terremoto en 1910, ofreció inmediatamente igual suma para su reconstrucción.

El Sr. Carnegie tiene siempre abiertos su corazón y sus arcas en favor de los intereses generales de la humanidad; y fué un acto de estricta y merecida justicia la siguiente resolución que por unanimidad votó la Cuarta Conferencia Internacional Americana, reunida en Buenos Aires:

I. La Cuarta Conferencia Internacional Americana declara, que Andrew Carnegie merece bien de las Repúblicas de América.

II. La Unión de las Repúblicas Americanas hará acuñar, por cuenta de los Gobiernos en ella representados, una medalla de oro, con estas leyendas en lengua inglesa: en el anverso: "A Andrew Carnegie, las Repúblicas Americanas;" en el reverso: "Benefactor de la Humanidad."

III. Que la medalla a que se refiere el artículo segundo, junto con una copia de esta resolución y de los documentos que con ella se relacionan, le sean entregados al Sr. Andrew Carnegie en sesión especial del Consejo Directivo de la Unión.

Esta resolución tuvo su debido cumplimiento. La medalla fué entregada al Sr. Carnegie el 5 de mayo de 1911 en el Palacio de las Repúblicas Americanas, en solemne sesión del Consejo Directivo de la Unión Pan-Americana, y a presencia de las autoridades supremas de los Estados Unidos.

Fué éste un alto homenaje al insigne filántropo, rendido por las naciones de América que le proclaman "Benefactor de la Humanidad."

CONCLUSIÓN.

Al historiar la evolución del principio de arbitraje durante el cuarto de siglo trascurrido desde que el eminente Secretario de Estado de Estados Unidos, Mr. James G. Blaine, inició la Primera Conferencia Internacional Americana que se reunió en Wáshington en 1889, queda al propio tiempo demostrada la actitud de las naciones americanas hacia el mismo elevado principio y el arreglo pacífico de las disputas internacionales.

Se ha trabajado tanto en este sentido, especialmente por las conferencias panamericanas, y es tan fructuosa la obra de éstas, no sólo en obsequio de la Paz sino en favor del progreso y cultura de los pueblos de América, que no es posible que en este Continente ocurra una conflagración como la europea, que contempla atónito el mundo entero.

Pero el cielo de Europa se ha de despejar, y después de tan tremenda lección, han de ponerse todos los medios necesarios para que no se repita la catástrofe.

Así como en el mundo físico, después de la tempestad viene la calma, brilla el arco-iris con sus bellísimos colores y se contempla más puro el azul de los cielos, así en el mundo moral, después de la tormenta de odios y pasiones desencadenados, viene la concordia que une las voluntades, cubre a las naciones con blanco cendal de paz y trae a los espíritus la tranquilidad y la ventura.

Entonces podrá entonarse el "Gloria a Dios en las alturas y paz en la tierra a los hombres de buena voluntad."

BIBLIOGRAFÍA.

Informe del Delegado de El Salvador a la Primera Conferencia Internacional Americana, publicado en el Diario Oficial de 30 de mayo de 1890.

Pactos Internacionales de El Salvador, por D. Abraham Ramirez P. Edición autorizada por el Gobierno de la República.

Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador y sus anexos, 1906 y 1907.

Derecho Internacional Público, por Luis Gestoso y Acosta.

Derecho Internacional, por F. de Martens.

Derecho Internacional Público, por Pasquale Fiore.

Boletín de las Repúblicas Americanas, 1910.

Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, 1909.

Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sección de inserciones. 1913 y 1914.

Sentencia en el juicio promovido por Honduras contra El Salvador y Guatemala. Publicación de la Corte de Justicia Centro-Americana.

Anales de la Corte de Justicia Centro-Americana.

Derecho Internacional, por Carlos Calvo.

ANEXOS.

CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS.

NACIONES CONCURRENTES.

Todas las del Continente, excepto en la primera, la República Dominicana; en la segunda, el Brasil y Venezuela; en la tercera, Haiti y Venezuela; y en la cuarta, Bolivia.

PRIMERA CONFERENCIA DE LA PAZ DE LA HAYA.

NACIONES CONCURRENTES.

Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, China, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Estados Unidos Mexicanos, Francia, Inglaterra, Grecia, Italia, Japón, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Persia, Portugal, Rumania, Rusia, Servia, Siam, Suecia y Noruega, Suiza, Turquía, Bulgaria.

SEGUNDA CONFERENCIA DE LA PAZ DE LA HAYA.

NACIONES CONCURRENTES.

Alemania, Estados Unidos de América, Argentina, Austria-Hungría, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, España, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Haiti, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Persia, Portugal, Rumania, Rusia, El Salvador, Servia, Siam, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela.

CONFERENCIA DE GINEBRA DE 1906.

NACIONES CONCURRENTES.

Alemania, Argentina, Austria-Hungría, Bélgica, Bulgaria, Chile, China, Congo, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Estados Unidos del Brasil, Estados Unidos Mexicanos, Francia, Gran Bretaña e Irlanda, Grecia, Guatemala, Honduras, Italia, Japón, Luxemburgo, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Perú, Persia, Portugal, Rumania, Rusia, Servia, Siam, Suecia, Suiza, Uruguay.

NACIONES ADHERENTES.

Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Turquía, Venezuela.

PROYECTO DE UNA CONVENCIÓN RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL DE JUSTICIA ARBITRAL.

CAPÍTULO PRIMERO. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ARBITRAL.

ARTÍCULO 1. En la mira de hacer progresar la causa del arbitraje, las Potencias Contratantes convienen en organizar, sin que eso implique menoscabo de las funciones del Tribunal Permanente de Arbitraje, un Tribunal de Justicia Arbitral, de acceso libre y fácil, que reúna a jueces representantes de diversos sistemas jurídicos del mundo, y capaz de asegurar la continuidad de la jurisprudencia arbitral.

ART. 2. El Tribunal de Justicia Arbitral se compone de jueces propietarios y de jueces suplentes elegidos entre las personas que gocen de la más alta consideración moral, y que en su totalidad deberán llenar las condiciones requeridas, en sus países respectivos, para su admisión a la alta magistratura, o ser jurisconsultos de competencia notoria en materia de derecho internacional.

Los jueces propietarios y los jueces suplentes del Tribunal serán elegidos en cuanto sea posible entre los miembros del Tribunal Permanente de Arbitraje. La elección será hecha en los seis meses que sigan a la ratificación de la presente Convención.

ART. 3. Los jueces propietarios y los jueces suplentes son nombrados por un período de doce años a contarse de la fecha en que el nombramiento haya sido notificado al consejo administrativo instituído por la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales. Su mandato puede ser renovado.

En caso de defunción o de dimisión de un juez propietario, o de un juez suplente, se provee a su reemplazo según el modo fijado para su nombramiento. En este caso, el nombramiento se hace para un nuevo período de doce años.

ART. 4. Los jueces del Tribunal de Justicia Arbitral son iguales entre sí y toman rango según la fecha de la notificación de su nombramiento.

La primacía corresponde al de más edad, en el caso en que la fecha sea la misma.

Los jueces suplentes son, en el ejercicio de sus funciones, asimilados a los jueces titulares; sin embargo, toman rango después de éstos.

ART. 5. Los jueces gozan de los privilegios e inmunidades diplomáticas en el ejercicio de sus funciones, y fuera de su país.

Antes de tomar posesión de su asiento, los jueces titulares y los suplentes deben prestar juramento, o hacer una protesta solemne ante el consejo administrativo, de ejercer sus funciones con imparcialidad y en conciencia.

ART. 6. El Tribunal designa anualmente tres jueces para que formen una Delegación especial, y otros tres destinados a reemplazarlos en caso de impedimento. Pueden ser reelegidos. La elección se hace por escrutinio de lista. Se

consideran electos los que reunan el mayor número de votos. La Delegación elige de por sí su Presidente, que a defecto de mayoría, es designado por la suerte.

Un miembro de la Delegación no puede ejercer sus funciones cuando la Potencia que lo ha nombrado, o a cuya nacionalidad pertenece, es una de las Partes.

Los miembros de la Delegación concluyen los asuntos que les han sido sometidos, aun en el caso en que el período para el que se les haya nombrado haya expirado.

Art. 7. El ejercicio de las funciones judiciales le queda prohibido al juez, en los asuntos a propósito de los cuales él hubiere concurrido a cualquier título, a la decisión de un Tribunal de Arbitraje, de una comisión de indagación, o que haya figurado en la instancia como consejero de una Parte.

Ningún juez puede intervenir como agente o como abogado ante el Tribunal de Justicia Arbitral o ante el Tribunal Permanente de Arbitraje, ante un Tribunal especial de arbitraje o una comisión de indagación, ni actuar por una de las Partes en cualquier concepto que sea, en lo que dure su mandato.

Art. 8. El Tribunal escoge su Presidente y su Vicepresidente por mayoría de votos expresados. Después de dos turnos de escrutinio, la elección se hace por mayoría relativa; y, en caso de empate de los votos, decide la suerte.

Art. 9. Los jueces del Tribunal de Justicia Arbitral reciben una indemnización anual de seis mil florines neerlandeses.

Esta indemnización es cubierta al fin de cada trimestre, a contar del día de la primera reunión del Tribunal.

Durante el ejercicio de sus funciones, en el curso de sesiones, o en los casos especiales de la presente Convención, les corresponde una de cien florines por día. Se les reconoce además un viático fijado según los reglamentos de su respectivo país. Las disposiciones del presente inciso se aplican asímismo a los jueces suplentes que reemplacen a los titulares.

Esas asignaciones comprendidas en los gastos generales del Tribunal y previstas por el artículo 33, son cubiertas por medio de la Oficina Internacional instituída por la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

Art. 10. Los jueces no pueden recibir de su propio Gobierno o del Gobierno de otra Potencia, remuneración alguna por los servicios que se comprendan en sus deberes como miembros del Tribunal.

Art. 11. El Tribunal de Justicia Arbitral tiene su asiento en La Haya, y no puede, salvo el caso de fuerza mayor, trasportarle a otra parte. La Delegación puede, con el asentimiento de las partes, escoger otro local para sus reuniones, si circunstancias particulares lo exigen así.

Art. 12. El Consejo Administrativo llena con respecto al Tribunal de Justicia Arbitral las funciones que llena con respecto al Tribunal Permanente de Arbitraje.

Art. 13. La Oficina Internacional sirve de escribanía al Tribunal de Justicia Arbitral y debe poner su local y su organización a la disposición del Tribunal. Le está confiada la custodia de los archivos y la gestión de los asuntos administrativos.

El Secretario General de la Oficina desempeña las funciones de Escribano.

Los Secretarios adjuntos al Escribano, los traductores y los estenógrafos necesarios son designados por el Tribunal, siendo juramentados por éste.

Art. 14. El Tribunal se reúne en sesión una vez por año. La sesión comienza el tercer miércoles de junio y dura mientras no quede exhausta la orden del día.

El Tribunal no se reúne en sesión, si la Delegación estima que tal reunión es innecesaria. Con todo, si una Potencia es Parte en un litigio actualmente some-

tido al Tribunal y cuyo sumario esté terminado, o esté a punto de ser terminado, tiene el derecho de exigir que la sesión tenga verificativo.

En caso de necesidad, la Delegación puede convocar al Tribunal a sesión extraordinaria.

ART. 15. Una memoria de los trabajos del Tribunal será preparada cada año por la Delegación y será trasmitida a las Potencias Contratantes por medio de la Oficina Internacional. Será comunicada asimismo, a todos los jueces titulares y suplentes del Tribunal.

ART. 16. Los jueces titulares y los jueces suplentes, miembros del Tribunal de Justicia Arbitral, pueden asimismo ser nombrados para desempeñar las funciones de juez titular y de juez suplente en el Tribunal Internacional de Presas.

TÍTULO II. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

ART. 17. El Tribunal de Justicia Arbitral, es competente para juzgar en todos los casos que le sean presentados en virtud de estipulación general de Arbitraje, o de un acuerdo especial.

ART. 18. La Delegación es competente:

1. Para juzgar los casos de Arbitraje previstos en el artículo anterior, si las Partes están de acuerdo para reclamar la aplicación del procedimiento sumario estipulado en el Título IV, Capítulo 4 de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales;

2. Para proceder a una indagatoria en virtud de y en conformidad con el Título III de dicha Convención, y en cuanto la Delegación sea encargada al efecto, por las Partes, obrando éstas de común acuerdo. Con el asentimiento de las Partes y en derogación del artículo 7, inciso 1, los miembros de la Delegación que hayan tomado parte en la indagatoria pueden tomar asiento como jueces, si el litigio es sometido al Arbitraje del Tribunal, o de la misma Delegación.

ART. 19. La Delegación es además competente para el establecimiento del compromiso previsto por el artículo 52 de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, si las Partes están de acuerdo para referirse al Tribunal.

Es igualmente competente, aún cuando la instancia sea hecha por una de las Partes, después de que se haya tratado en vano de establecer un acuerdo por la vía diplomática, cuando se trate:

1. De una diferencia que se comprenda en un tratado de Arbitraje general concluído o renovado después de que esta Convención haya entrado en vigor y prevea para cada diferencia un compromiso, y no excluya para el establecimiento de este último, ni explícita ni implícitamente, la competencia de la Delegación. Con todo, el recurso ante el Tribunal no tiene lugar si la otra parte declara que a su juicio la diferencia no pertenece a la categoría de los asuntos por someterse a un Arbitraje obligatorio, a menos que el tratado de Arbitraje confiera al Tribunal Arbitral el poder de decidir que el asunto es preferente.

2. De una diferencia que provenga de deudas contractuales reclamadas por una Potencia a otra, y debidas a sus nacionales, y para la solución de la cual la proposición de Arbitraje ha sido aceptada. Esta disposición no es aplicable si la aceptación está subordinada a la condición de que el compromiso sea establecido según otra forma.

ART. 20. Cada una de las Partes tiene derecho de designar un juez del Tribunal para tomar parte, con voto deliberativo, en el examen del asunto sometido a la Delegación.

Si la Delegación funciona en calidad de investigación, ese mandato puede ser confiado a personas escogidas fuera del círculo de jueces del Tribunal.

Los gastos de traslado y la retribución por asignarse a dichas personas son fijados y soportados por las Potencias que los han nombrado.

ART. 21. El acceso del Tribunal de Justicia Arbitral instituído por la presente Convención no es disponible sino para las Potencias Contratantes.

ART. 22. El Tribunal de Justicia Arbitral sigue las reglas de procedimiento establecidas por la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, a salvo de lo que se prescribe por la presente Convención.

ART. 23. El Tribunal decide en la elección de la lengua de la que hará uso, y de las lenguas cuyo empleo fuere autorizado por él.

ART. 24. La Oficina Internacional sirve de intermediaria en todas las comunicaciones por hacerse a los jueces en el curso de la instrucción previsto en el artículo 63, inciso 2, de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

ART. 25. Para todas las notificaciones por hacerse en particular a las Partes, a los testigos y a los expertos, el Tribunal puede dirigirse directamente al Gobierno de la Potencia en el territorio de la cual la notificación debe efectuarse. Sucede lo mismo si se trata de hacer proceder al establecimiento de todo medio de prueba.

Las instancias dirigidas a tal efecto no pueden ser rehusadas, a menos que la Potencia requerida la juzgue de naturaleza como para inferir menoscabo a su soberanía, o a su seguridad. Si se da curso a la instancia las expensas no comprenden sino las de ejecución realmente efectuadas.

El Tribunal tiene igualmente la facultad de recurrir a la mediación de la Potencia en el territorio de la cual tiene su asiento. Las notificaciones por hacerse a las Partes en el lugar que tiene asiento el Tribunal pueden ser ejecutadas por la Oficina Internacional.

ART. 26. Los debates son dirigidos por el Presidente, o por el Vicepresidente y, en caso de ausencia o impedimento de uno y de otro, por el más antiguo de los jueces presentes.

El Juez nombrado por una de las Partes no puede tomar asiento como Presidente.

ART. 27. Las deliberaciones del Tribunal tienen lugar a puerta cerrada y quedan secretas.

Toda decisión es tomada por mayoría de los jueces presentes. Si el Tribunal funciona en número par y hay empate de votos, el del último de los jueces en el orden de preeminencia establecido en el Número IV, Inciso I, no será contado.

ART. 28. Los acuerdos del Tribunal deben ser motivados, mencionando los nombres de los jueces que en ellos hayan participado y siendo firmados por el Presidente y el escribano.

ART. 29. Cada Parte soporta sus propios gastos y una parte de las expensas especiales de la instancia.

ART. 30. Las disposiciones de los artículos 21 a 29 son aplicables por analogía en el procedimiento, ante la Delegación, cuando el derecho de adjuntar un miembro a la Delegación no haya sido ejercido sino por una sola parte. El voto del miembro adjunto no se cuenta, si hay empate de votos.

ART. 31. Las expensas generales del Tribunal son soportadas por las Potencias Contratantes.

El Consejo administrativo se dirige a las Potencias para obtener los fondos necesarios para el funcionamiento del Tribunal.

ART. 32. El Tribunal hace de por sí su reglamento de orden interior, que debe de ser comunicado a las Potencias Contratantes.

Después de la ratificación de la presente Convención, el Tribunal se reunirá tan pronto como sea posible, para elaborar dicho reglamento y para elegir Presidente y Vicepresidente, así como para designar los Miembros de la Delegación.

ART. 33. El Tribunal puede proponer modificaciones por introducirse en las disposiciones de la presente Convención, en lo que concierne al procedimiento. Estas proposiciones son comunicadas por el medio del Gobierno de los Países Bajos a las Potencias Contratantes; las que se pondrán de acuerdo en cuanto al curso por darse a aquéllas.

TÍTULO III. DISPOSICIONES FINALES.

ART. 34. La presente Convención será ratificada con el menor retardo posible.

Las ratificaciones serán depositadas en La Haya.

Se establecerá para cada ratificación, proceso verbal del depósito, del que una copia certificada conforme será remitida, por la vía diplomática, a todas las Potencias suscritas.

ART. 35. La Convención entrará en vigor seis meses después de su ratificación.

Tendrá la duración de doce años, y será renovada tácitamente de doce en doce años, salvo el caso de denuncia.

La denuncia deberá ser notificada, por lo menos, dos años antes de la expiración de cada período, al Gobierno de los Países Bajos, que dará conocimiento de la misma a las otras Potencias.

La denuncia no producirá efecto sino con respecto a la Potencia que la haya notificado. La Convención será ejecutiva en las relaciones entre las otras Potencias.

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Por ANTONIO MADRID,

Magistrado Suplente de la Corte de Justicia Centroamericana.

Dura parece la franqueza, pero la verdad no reconoce otro modo de expresarse. Tienen las naciones la dolorosa experiencia histórica y de actualidad que, en la mayoría de los casus belli, siempre que conviene a los intereses políticos o mercantiles de algunas de ellas, eluden las reglas del derecho internacional, rompen, u omiten cumplir las obligaciones contraídas en los Tratados; de manera que, si se trata de hallar una sugestión que aleje las guerras del Continente Americano, persiguiendo su mayor progreso y bienestar, para ello, deben tomarse muy en cuenta aquellos antecedentes y actuar eficazmente para el logro de tan importante obra humanitaria, estableciendo una fórmula, con carácter estable y obligatorio, que evite las trasgresiones del Derecho de gentes y de los Tratados Internacionales. El arbitraje erigido en ley y la codificación del Derecho Internacional, llenarían este fin. Las naciones del Continente, con alguna rara excepción por las disputas especiales, propenden a lo primero, al arbitraje, y no es dudoso, creer que aceptarían con gusto lo segundo.

En consecuencia, atendiendo al bello ideal de terminar los desastrosos resultados de las guerras entre naciones hermanas, insinúo:

1°. Que se codifique el Derecho Internacional Americano, teniendo presente los principios de moralidad y justicia generalmente reconocidos por los mejores publicistas.

2°. Que el código se formule y dicte por los Gobiernos Americanos, dentro de un período que no exceda de diez años.

3°. Que para ello, cada Gobierno nombre tres plenipotenciarios que se reúnan en Congreso, en la Capital del Estado que se designe y emitan las leyes.

4°. Que los Gobiernos Americanos puedan crear previamente Juntas Científicas que elaboren proyectos del código, para que sirvan de consulta al Congreso.

5°. Que entre las disposiciones que el Código Internacional consigne, figure, precisamente, la obligación de las Naciones Americanas, de sujetar sus disputas a la decisión de árbitros.

6°. Que el laudo arbitral forzosamente deba acatarse como verdad jurídica justa.

7°. Establecer, que las Naciones del Continente, tienen la obligación de ejercer presión conjunta contra aquella o aquellas que sean las primeras en romper hostilidades contra otra u otras del mismo, cuando no hayan sujetado previamente sus disputas o desacuerdos a la resolución de árbitros o no hayan acatado un laudo arbitral; pero sin entrar a calificar la justicia o injusticia de la causa que origine la disputa; a fin de sostener, de este modo, el principio de arbitraje y el respeto al laudo.

LA ACTITUD DE LOS PAÍSES AMERICANOS HACIA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES.

Por FRANCISCO CAPELLA Y PONS,
Ex-Magistrado y Diplomático de Uruguay.

Ajustándome a la Base III del Reglamento del Congreso, voy a tratar de exponer, en forma tan concisa como sea posible, las ideas que profeso sobre la muy vasta materia que abarca el importantísimo tema que me propongo desarrollar; y para obtener tal concisión, prescindiré casi por completo, de tomar en cuenta su faz histórica, bien que por sí sóla sería del más alto interés para ilustrar las deducciones del breve estudio que presento.

I. Consideraciones Generales.

Todas las grandes aspiraciones humanas, aún las de más fácil realización, han sido precedidas por una época, más o menos larga, de carácter preparatorio; y la persistencia de esos anhelos, corroborando su propia justicia, ha constituído siempre la precursora de las hermosas reivindicaciones que elevan la situación moral y material de los pueblos.

La lucha es y será necesaria; tal es la condición de la vida; pero la lucha no es forzosamente la guerra. Por prematura que parezca la afirmación, la última está destinada a desaparecer, mientras que la otra continuará, no cambiando sino de objeto y de forma, en relación constante con el nivel a que alcance el progreso general, y con la elevación que se observe en las modalidades del ser humano.

El adelanto moral de las colectividades es, después de todo, el que determina la dirección e intensidad de esas luchas necesarias: ayer, la matanza sin cuartel, el pillaje, la esclavitud del vencido; más tarde, las guerras, regidas por principios en que el uso de la fuerza va ciñéndose, poco a poco, dentro de límites en relación con el esfuerzo estrictamente requerido para establecer la superioridad disputada; mañana, los arbitrajes y las soluciones de derecho,

cuyo empleo ha empezado y se extiende constantemente, hasta que acaben por ser la regla invariable en la solución de los conflictos internacionales.

La lucha subsistirá, pues; la lucha por el derecho, que tan no es la guerra, que hasta puede lucharse contra la guerra misma.

Sobre el advenimiento de una era en que las guerras hayan desaparecido, tal vez nada nuevo pueda decirse; pero tampoco, nunca se repetirá por demás, todo aquello que a tan noble cuestión se refiera. Y cuantas más voces, por débiles que sean, clamen unidas para obtener el afianzamiento de la Paz general, basada en la Justicia, tanto mayor y más absoluta será la traducción exteriorizada de una ansia cada vez más elocuente y que imperiosamente exige ser satisfecha.

Yo no quiero precisar términos radicales, ni me atrevo a establecer soluciones definitivas y fatales; pero, sí, voy a sostener que existe amplia base para apoyar un razonable optimismo, y para seguir allegando esfuerzos en el sentido de que la beneficiosa evolución avance todo cuanto fuere posible.

Los temperamentos positivos, que no creen más que en lo que actualmente palpan, resultan así estériles para realizar el bien, y en sus absolutas negaciones sobre lo que aún no es, rechazan implícitamente, la más innegable posibilidad del paulatino adelanto. En cuanto a los filósofos puramente idealistas, según dijo Lord Bacon, "ellos hacen leyes imaginarias para comunidades también imaginarias, y sus elucubraciones son como las estrellas, que dan tan poca luz porque están a demasiada altura."

Las grandes aspiraciones a favor de los pueblos, son, desgraciadamente, difíciles de llevar a la práctica, porque precisamente las masas llegan las últimas a la posesión de las altas verdades, tardando pues, en poder prestar a estas, el apoyo de su fuerza irresistible.

Pero una vez que la humilde unidad, la llamada con toda exactitud, carne de cañón, acaba por sentir el espíritu de las excelsas concepciones, el plebiscito soberano, en volición definitiva, aún dentro de su relativa inconsciencia, es el que fija el destino de las naciones, marcando sus nuevos rumbos de futuro.

Y la desaparición de las guerras, la decisión de no ser lanzados a ellas, ciega y dócilmente, empieza a ser objeto de muy serias manifestaciones por parte de quienes, dándose la mano por encima de las fronteras, no pueden luego estar dispuestos a matarse por satisfacer el orgullo o acompañar la torpeza de unos pocos.

Aún hoy, a través de las humeantes hogueras de la tragedia europea, y tal vez, más excitada aún por sus mismos horrores, la alta resolución de poner todos los medios para evitar tan espantosas hecatombes, germina y se desarrolla, confusa pero poderosa, en la mente gregaria de los pueblos.

Metodizado en forma de dilatados períodos, el estudio de la Historia produce el claro convencimiento de que las guerras han realizado a veces misiones grandiosas, transmigrando civilizaciones apartadas, fusionando o imponiendo ideas y llevando nuevos elementos de adelanto del uno al otro extremo del planeta, cual los huracanes y los torrentes trasportan la simiente que ha de dar luego sus frutos en suelo muy distante al de su origen. Pero también fluye la demostración de que esos crueles derramamientos de sangre humana, no constituyen una condición natural y permanente, sino que son sacrificios de redención, debidos a un estado social embrionario y como tal accidental y transitorio.

Esos sacudimientos, esos esfuerzos encontrados, representan el invariable tributo de los países en formación que pugnan por organizarse de un modo estable; son la resultante de las necesidades que experimentan las naciones y aún los Continentes, con el fin de obtener su equilibrio y bienestar, a semejanza

de esos oleadas inmensas, que en sus pujantes vaivenes no tienen más tendencia que la de encontrar precisamente el reposo.

La guerra misma, aún persistiendo, se ha transformado enormemente, y obedece a leyes que antes no conocía. De las matanzas que realizaba el vencedor, en los tiempos en que no se respetaba ni a los ancianos, ni a las mujeres, ni a los niños, se pasó a la época en que solo los combatientes quedaban a merced del vencedor.

Grotius en su " De jure belli," dice que a su juicio los niños, las mujeres, los ancianos, los clérigos, labradores y demás personas no combatientes, deben quedar libres del rigor de las armas; admite que la tradición y los precedentes no apoyan esa opinión, pero invoca el hecho de expresarse con arreglo al espíritu nuevo. Duda de si hay el derecho de apoderarse de las mujeres que se encuentran en una plaza conquistada; los precedentes establecen ese derecho, pero elogia a los generales que de él no se prevalen. Acepta, por último, el derecho de exterminar a todos los prisioneros tomados en armas, aún cuando cree que siendo paganos, es más sabio reducirlos a esclavitud, y si cristianos, conservarlos en rehenes.

Cuán lejos pues, a pesar de cualquier posible regresión aislada, se hallan los tiempos en que así se hablaba a nombre del espíritu nuevo!

Y piénsese aún, que la guerra fué el estado normal; la paz, la excepción; mientras que ahora, la normalidad es el estado de paz; y lo anormal, la guerra.

En la Edad Media, el tributo de vidas era continuo y elevado; en el Siglo XIX ya fué muchísimo menor, no obstante el mayor poder destructor de las máquinas de guerra; y salvo circunstancias extraordinarias, semejante estado de cosas no podrá ya repetirse en el porvenir.

Serán doscientos, quinientos o más años los que se necesiten para llegar a la extinción total de las guerras, haciéndolas poco menos que imposibles; ello no importa. El proceso evolutivo seguirá su iniciado curso, sean los que fueren los tropiezos que haya de sufrir; por muy fuertes que se supongan los estallidos guerreros que hubiere de soportar en su camino, siempre irá adelante, al través o por encima de todo; porque las evoluciones se cumplen necesariamente, con arreglo a las leyes que gobiernan las fuerzas puestas en acción, y cuyos efectos, cuando mucho, sólo nos es dado, en parte, retardar o acelerar.

Los sacrificios humanos sobre la pira, el canibalismo, los combates feudales, las justas y torneos, el juicio de Dios, y, en algunos países, el duelo, han caído en el más absoluto desuso. Todo será cuestión de tiempo y de un mayor respeto a los principios de equidad y justicia, para que la guerra siga idéntico fin. De acuerdo con el esclarecido filósofo americano Ralph Waldo Emerson, "poco da cuanto tarden aún los hombres en rehusarse a creer en el advenimiento de la paz: la guerra se halla en sus últimas etapas, y la paz universal es tan segura, como la prevalencia de la civilización sobre la barbarie, de los gobiernos liberales sobre los de forma feudal. La única cuestión pendiente, consiste tan sólo en saber, ¿cuán pronto será?"

Es notorio que existen muchas opiniones, dignas de todo respeto, y de reconocida autoridad, que reputan una ingenua ilusión de los pacifistas, esa deseable desaparición de las guerras. Pero nadie podrá negar que los espíritus señaladamente prácticos, al mismo tiempo que son los más cercanos a la realidad del momento, son, en cambio, los más lejanos de las realidades futuras; entre tanto, los llamados razonadores utópicos, si bien pueden equivocarse en la apreciación de lo que es, son siempre los que han percibido mejor lo que será.

¿Qué hubiera pensado un caballero medioeval, si se le hubiera dicho que llegaría un día en que millones de seres vivieran en las ciudades, circulando tranquilamente, tanto de día como de noche, sin necesidad de ceñir la espada, y

sin correr por ello el más mínimo peligro?; ¿cómo hubiera podido concebir que se emprendieran largos viajes, de nación a nación, recorriendo continentes enteros, sin la necesidad de llevar armas?

No eran, por cierto, ni Jueces ni Tribunales, los que otrora dirimían las diferencias entre las personas. Y cuando, al fin, pudo la autoridad pública intervenir, continuaron, sin embargo, excluyéndose celosamente de sus fallos, las cuestiones en que estuvieran comprometidos el honor y la dignidad: curiosa analogía con los primeros ensayos en que las naciones empezaron a pactar el arbitraje, con la expresa reserva de no hacerse extensivo a las controversias que afectaran el honor, la nacionalidad o la soberanía!

La adquisición de despojos que antes constituían orgullo entre las gentes de armas, hoy es castigada por los códigos militares, y ha de llegar el momento en que las naciones profesen severos principios de honestidad, por los cuales deje de considerarse honroso, colectivamente, aquello mismo que en el individuo se reputa, muy justicieramente, como criminal e infamante.

Sin embargo, los mismos escépticos, los hombres prácticos a que antes me refería, hubieran, en su tiempo, sostenido que tales excesos eran inherentes al ejercicio de la violencia, como del mismo modo habrían argumentado a favor de la imprescindible necesidad de mantener la tortura, considerada indispensable auxiliar de la justicia; que todo puede ser motivo de argumento, y todas las tesis cuentan con adeptos convencidos.

De idéntica manera ha de esfumarse, ahora, ese escepticismo que niega, con impresionante aplomo, la posibilidad de sustituir la prueba de las armas, por un fallo sereno e imparcial, como ha desaparecido el escepticismo de ayer, que suponía insensata la creencia de que una persona dejara de hacerse justicia por su mano, sometiéndose, en vez, a las resoluciones de los Tribunales, aún en el caso de ser o creerse más fuerte que su adversario.

Cabe pues tener fe, absoluta, inquebrantable, en que, a pesar de todas las vicisitudes, pasadas, presentes, y que en el futuro le estuvieren reservadas, la doctrina proclamada en sustitución de las operaciones guerreras, ha de seguir adelante y ha de triunfar al fin, imponiendo así la armonía que lógicamente acaba por establecerse entre la verdad concebida y la verdad realizada.

Todas las demostraciones que se intentan para mostrar la falacia de la aspiración pacifista, son puramente circunstanciales; ninguna hay de naturaleza fundamental; y por eso agregaba Emerson, "nunca damos mayor importancia a las objeciones que sólo respetan el actual estado del mundo, no obstante admitir en general, las bondades y la excelencia esencial de un proyecto. Aquello que es mejor, tiene que ser lo verdadero; y lo que es verdadero—esto es, lo que es fundamentalmente propicio y agradable a la naturaleza del hombre—debe prevalecer por encima de toda obstrucción y de toda oposición. No existe ningún bien de los que actualmente disfruta la sociedad, que no haya sido en un tiempo, tan problemático y visionario como este. Es la tendencia del verdadero interés del hombre, el llevar a la realidad sus deseos y sus anhelos persistentes."

En efecto, hecha abstracción de los profesionales de la guerra, cuya opinión no puede alcanzar importancia alguna teórica (porque en todas las materias, los profesionales pasan la vida contraídos a observar a través de especial lente, un algo reducido, que después de todo, no es sino un punto aislado, entre el inmenso conjunto de los intereses humanos) ya hoy, no se duda de las grandes conveniencias que implica el arbitraje, y día a día, aumenta, en consecuencia, el número de los pactos en que se adopta esa forma de solucionar los conflictos internacionales; se discutirá tan sólo sobre su mayor o menor extensión; se desconfiará, a veces, de su posible aplicabilidad a todos los casos.

Pues bien, eso ya es mucho, y ya es bastante para creer en su desarrollo ulterior; lo demás vendrá después, con el arbitraje no limitado; y todo, al fin, ha de ir alcanzándose, paulatina y gradualmente. Desde el año 1801 al 1820, apenas si hubo once resoluciones de conflictos internacionales, por medio del arbitraje, mientras que desde 1861 a 1880, los casos fueron cuarenta y cinco, y de 1881 a 1903 alcanzaron hasta ciento quince!

¿Sería acaso posible, que mientras los individuos se han convencido de que es a la Justicia a la que deben someter sus diferencias, fuera la Fuerza le llamada a resolver los conflictos entre las comunidades a que esos mismos individuos pertenecen?

Todavía, cuando se creía que interviniera el juicio de Dios en el éxito de las armas, o que las soluciones de fuerza concedieran el triunfo a quien tuviera la razón de su parte, existía alguna lógica en sostener los combates como necesarios; pero, a la altura a que se encuentra hoy la cultura de los pueblos, toda argumentación de esa índole, resultaría pasmosamente desprovista de buen sentido.

Y no son solamente las naciones de una importancia secundaria, sino, muy especialmente, algunas de las más poderosas, las que comparecen ante el Tribunal arbitral, pidiendo se juzguen sus reclamaciones en esa forma digna y elevada: entre los ciento setenta y siete juicios arbitrales registrados desde el año 1794 al 1900, aparece la Gran Bretaña siendo parte en setenta de ellos, los Estados Unidos lo fueron en cincuenta, y Francia en veinte y seis.

Aun se celebran pomposamente las glorias conquistadas en los campos de batalla; pero se ha de llegar a un punto, en que por encima de las hazañas guerreras, se estimen y honren los triunfos de la reflexión, bastante fuerte para ahogar los ímpetus salvajes, encadenar las pasiones, y deponer el propio orgullo ante los altares de la Justicia y la Razón.

La naturaleza humana es siempre la misma; en sus orígenes, movida por los instintos, apelaba al esfuerzo puramente físico, para satisfacer sus deseos, y. cuando dos seres, dos tribus, o más tarde, dos naciones, ambicionaban idéntica presa, disputaban una ventaja, inmediatamente se recurría a la fuerza brutal para resolver el conflicto. No había, no podía haber otra manera de proceder.

Resabios de ese estado primitivo, son los que, en pueblos muy atrasados determinan, aún, la superioridad concedida a los más fuertes y audaces; resabios igualmente, la acción de los ejércitos, que tanto pueden servir para consagrar derechos, como para sustentar iniquidades!

Que se tiene, en nuestras épocas, una exacta conciencia de la inmensa responsabilidad moral que envuelve la iniciación de una guerra, para resolver cuestiones que debieran tratarse y definirse de buena fe por medios más en armonía con la dignidad humana, lo demuestra el que todas las naciones pretendan hacer recaer la culpa del hecho sobre el adversario, protestando que sólo la necesidad las ha obligado a empuñar las armas.

Antes fué gloriosa la invasión y la conquista; ahora, los Gobiernos con intenciones guerreras, se guardan bien de confesarlas, y llegado el momento de disponerse a la acción, pagan ese homenaje de disculpas, al sentimiento público de todos los países, y muy especialmente, al del suyo propio, cuyos contribuyentes van a esquilmar, arruinando el comercio y llevando la más triste desolación a las familias. Cuida, por tanto, de preparar los ánimos, enardeciendo las pasiones, se dedica a ofuscar la reflexión, y jamás reconoce ser el agresor; así se marcha, al son de las músicas militares . . . . hasta que la dura realidad, después de cruentos sacrificios, hace revivir las facultades racionales que se habían apagado; la animalidad cede su puesto al cerebro, y viene la reacción, cuando los males acarreados son ya inmensos. Sólo el progreso general podrá contrarrestar la influencia de semejantes medios, provo-

cados, más de una vez, por espíritus nefastos, principales responsables de la infelicidad de los pueblos.

Con el adelanto de las costumbres, con una conciencia pública más desarrollada, la progresiva intensidad del trabajo y las actividades de todo orden, dirigidas por inteligencias bien cultivadas, el respeto y la justicia empezaron a ser los elementos supremos, no sólo en las relaciones internas, sino también en las que se fueron estableciendo entre unas y otras comunidades. Las diferencias de individuo a individuo, dejaron de ventilarse, entonces, por medio de la lucha cuerpo a cuerpo; la tribu dejó de guerrear con la tribu, un dominio señorial con el otro, después que todos quedaron sometidos a la ley común de la Nación; y cuando varios Estados se han confederado, los conflictos entre ellos se han resuelto también, y se han resuelto satisfactoriamente, por autoridades centrales, manteniendo así, en su completa integridad, las fuerzas vivas de todos, y con ellas la más alta noción de dignidad, dentro de su sometimiento a las soluciones de derecho, en beneficio de los bien entendidos intereses de la entera Confederación. Y ¿por qué habría de detenerse ahí, esa saludable y segura evolución?

Las Naciones han empezado ya a modificar sus tendencias recelosas; los deseos de los pueblos se van definiendo, y poco a poco se imponen; aumentan las ocasiones en que es posible resolver las cuestiones internacionales pacíficamente; las condiciones de estos juicios serenos van adquiriendo una amplitud tal como antigüamente se hubiera reputado arriesgada e inaceptable; el arbitraje, tímidamente ensayado al principio, alcanza formas cada vez más amplias.

La Corte de la Haya constituye un hermoso ejemplo que, poco considerado en un principio, se va imponiendo a la estimación y al respeto de todos, mientras llega el día en que se le confieran los caracteres absolutos de un verdadero Tribunal obligatorio.

Yo contemplo el modelo de Suprema Corte, encargada de resolver los conflictos entre los Estados que forman la Federación de Norte América, que constituye orgullo de su patria y puede considerarse como una verdadera Corte Internacional, y me pregunto porque no habría de imitarse cuanto antes, proporcionando a otros Estados del Continente iguales beneficios.

A medida que los espíritus se elevan, independizándose de viejos prejuicios, y aspirando siempre a más altas conquistas morales; que los sentimientos democráticos apagan, poco a poco, los resabios de antaño, con sus ambiciones y mirajes de falsa gloria, con el monstruoso derecho de Paz y Guerra en determinada persona, que es, en las monarquías absolutas, lo que en tiempos feudales eran los señores de horca y cuchilla; una vez que se extinga en el pueblo la sugestión que las charangas y el aparato militar producen en las almas sencillas, ya no podrá la voluntad de un solo hombre, movida tal vez por la ofuscación o el capricho, ni los errores, a veces interesados, de varios hombres, arrastrar a poblaciones enteras, subyugadas por el entusiasmo, ni arrojar a la nada millares de vidas, sin la visión clara y cierta de una necesidad suprema que imponga semejante sacrificio. La defensa propia continuará conservando los caracteres de sagrada, cual es legítima e instintiva la del individuo; pero, el criminal ataque injustificado, se tornará imposible, y todo acto que se desvíe de la exacta rectitud moral, tendrá un freno y un correctivo en las apreciaciones de la conciencia pública.

Lejos estamos de aquel continuo batallar en que se distinguieron los pueblos suizos, antes de efectuar su admirable Confederación; lejos también de las constantes luchas que en los Siglos XIV y XV sostenían entre sí los Estados germánicos; y así como tan notables transformaciones, reportaron las más grandes ventajas para el bienestar y el adelanto de esas laboriosas comuni-

dades, así también vendrá el mejoramiento general, cuando felizmente acaben por desaparecer las desconfianzas, los recelos y el continuo temor que experimentan las naciones, permanentemente en guardia, a costa de enormes gastos, en los que invierten ingentes sumas que bastarían para hacer la vida fácil a muchos desheredados, afrenta, hoy, de los ponderados triunfos de la civilización moderna.

No existían antes los principios de derecho que, ahora, ya son reconocidos por todas las naciones, y que, más o menos controvertidos, se acatan, cuando menos en lo que tienen de fundamental: su órbita se agranda, su influencia aumenta, hasta que hayan de convertirse en leyes codificadas, siguiendo diversas tentativas ya hechas, como las de los juristas Bluntschli y Dudley Field.

Los Estados Unidos dieron una sólida base para trabajar por tan elevados ideales, cuando en el Artículo VI de su Constitución Federal, terminantemente establecieron, que los Tratados hechos o que en adelante se hicieren bajo la autoridad de la Confederación, constituirían la Ley Suprema de la Nación; y debe señalarse que aún se hizo más, cuando se ordenó la formación de un Digesto bajo la dirección oficial, a expensas públicas, para explicar minuciosamente los alcances del derecho internacional. Alto ejemplo que, a ser seguido por todos los Estados, contribuiría grandemente a esclarecer la conciencia de los pueblos, aproximando el momento en que el derecho quedara convertido en ley internacional.

Y del mismo modo que deben vulgarizarse esos principios, debería inculcarse en las nuevas generaciones, la idea de la moral internacional (ya que la política honesta es siempre la mejor de las políticas), hoy considerada como algo tan distinto a la moral individual, a pesar de que en realidad debiera sujetarse exactamente a los mismos fundamentos: una y la misma, siempre, dentro y fuera de fronteras.

Como ha dicho muy bien el diplomático norteamericano, David Jayne Hill, "el patriotismo inteligente, es tan sensible al honor nacional como solícito por el éxito de su país, y los hombres de bien, de cualquier parte que sean, nada deben desear más ardientemente, que el ser perfectamente comprendidos.

"La espada tuvo su día de gloria; grandes Estados han surgido a la existencia; el orden público se ha abierto camino hasta la cima del poder; y desde las alturas del trono y del parlamento, los hombres pueden al fin razonar, unos con otros, en tono bien inteligible. Los verdaderos patriotas de todas partes, experimentan una nueva sensación de orgullo y confianza en sus gobernantes y conductores, cuando consideran personificados en ellos el triunfo de grandes principios de razón y conciencia; porque son estos los elementos que dignifican nuestra naturaleza humana, elevándola por encima de las pasiones del momento, y poniéndola en estrecha unión con los intereses permanentes de la humanidad."

A pesar de todo, pueden seguir en su desdeñosa convicción, los que creen más en los cañones que en las fuerzas morales, sin notar que aquellos jamás crean estas, mientras que, a favor de las últimas, se pueden fabricar los primeros ilimitadamente. El derecho entre los Estados, no se ha de decidir por el más fuerte, como no es el más robusto quien ha de obtener el triunfo en los pleitos entre particulares; y las soluciones de los conflictos internacionales por medio de los buenos oficios, la mediación de Comisiones investigadoras y el funcionamiento de Tribunales arbitrales, seguirán siempre en aumento, y han de primar, en definitiva, sobre el empleo de la violencia, llegando a ser un hecho la visión del poeta, cuando en frase consagrada, que no era por cierto de realizarse en su siglo, dijo Víctor Hugo proféticamente: "Un jour viendra ou l'on montrera un canon dans les musées, comme on y montre un instrument de torture: en s'étonnant que cela ait jamais pu être."

II. Las Naciones Americanas y el Arreglo Racional de las Disputas Internacionales.

Después de las precedentes consideraciones de orden general, que cimentan mi plena fe y absoluta seguridad en un cercano futuro, durante el cual, sean las que fueren las dificultades y contingencias del presente, los asuntos internacionales han de tratarse y resolverse con arreglo a los mismos cánones morales que los de índole privada, voy a concretarme al examen de tan justa aspiración, en lo que se refiere especialmente a los países de nuestro Continente, empezando para ello, por señalar la situación favorable, única, mejor dicho, en que se encuentra el conjunto de estas Repúblicas, para dar el más vigoroso impulso en el sentido de extirpar de su suelo ese resto de barbarie que se llama la guerra, y contribuir poderosamente, a que el resto del mundo se vaya liberando, en lo posible, de tan funesto atavismo.

Decía Kant, hace más de un siglo, en su notable "Zum ewigen Frieden," que los ejércitos permanentes deberían ser gradualmente abolidos, porque mantenidos en constante preparación para la guerra, constituyen una perpetua amenaza para los demás países.

Corrobora esa afirmación, el hecho de que donde más armados viven los individuos, más numerosas son las reyertas sangrientas; mientras que los que no usan armas, son quienes menos suelen tener necesidad de ellas. Es evidente que una gran preparación militar en las naciones, como las armas sobre el individuo, predisponen mucho al combate; y es fortuna que los Estados americanos no hayan llegado a un grado excesivo en ese orden de perniciosos progresos.

Después de los artículos preliminares de su proyecto, continúa diciendo Kant, en los que llama definitivos: "La constitución cívica de cada Estado será republicana; la ley de las Naciones será cimentada sobre una Federación de Estados libres."

Me ha parecido oportuno recordar esas premisas, luminosamente expuestas por el filósofo de Königsberg, porque coinciden de manera admirable con las análogas condiciones generales en que se encuentra nuestro Continente.

Poblada la América por los excedentes europeos o por grupos que buscaban ambientes más amplios para sus aspiraciones, con ellos vinieron los gérmenes de una adelantada civilización; y extinguidas las razas aborígenes, en parte por absorción, la historia americana resulta relativamente simple y breve, sin acumulación de sedimentos formados por rencores tradicionales, ni resabios con fuerza suficiente como para agitar las pasiones y perturbar el uso de la razón tranquila, en la dilucidación de sus dificultades internacionales.

Puede decirse, en general, que las naciones de esta parte del mundo, se han ido formando sin dar lugar a profundos agravios, ni a mayores sacudimientos que los inherentes a su desvinculación de las antiguas metrópolis y a la necesaria gestación de su ajustamiento orgánico.

El cosmopolitismo ha contribuído a borrar toda línea de división, y ha suavizado los recelos de origen étnico; no existiendo odios seculares, ni reivindicaciones graves pendientes, ni tendencias antagónicas en grado tal que puedan poner en peligro la armonía sincera de las relaciones públicas.

Los ideales de estos pueblos, del uno al otro extremo del Continente, son exactamente los mismos, fundados, sin discrepancia alguna, en los postulados de la democracia y la libertad.

Ni siquiera existe la separación de clases que pudiera originar disturbios internos, o conflagraciones preparadas por delirantes anhelos de dominio, de liberación o de gloria.

Son los pueblos mismos, con sus justas exigencias de bienestar y progreso, los que priman en la elección de las orientaciones nacionales; y cuando el

alma de los pueblos es la que hace valer sus espontáneos sentimientos, desaparecen las fronteras, borradas por la comunidad de ideales humanos y por la sinceridad de los lazos fraternales que ellos crean.

Con organizaciones políticas de la misma índole, desde el estrecho de Behring al Cabo de Hornos, con tendencias idénticas, y una historia en su mayor parte circunscrita a la era de emancipación y subsiguientes esfuerzos para organizar las distintas unidades surgidas, estos países se hallan en condiciones excepcionalmente propicias para realizar, reunidos, las más grandes conquistas morales que el pensamiento humano haya concebido, y entre ellas, muy especialmente, dentro de nuestra limitada relatividad, la utópica aspiración de resolver pacíficamente, las diferencias y conflictos internacionales.

En el Congreso de Derecho Internacional Privado, reunido en Montevideo el año 1888, el entonces Ministro de Relaciones de la República Argentina, Dr. Quirno Costa, ya señalaba la decidida tendencia americana hacia "las soluciones pacíficas, como corresponde entre pueblos hermanos y civilizados, que en último caso, en bien de la humanidad y de acuerdo con los principios de justicia, acudirían a ese fallo inapelable de terceros que debiera ser la regla común y uniforme para débiles y fuertes, desde que todas las Naciones son iguales ante el derecho."

Y esas palabras, en manera alguna significaban la exteriorización de una vana fórmula ocasional y cortés, sino la exacta expresión de sentimientos amplia y repetidamente corroborados con hechos de la mayor trascendencia, en solemnes momentos de la vida de estos pueblos.

No es mi ánimo historiar la serie de Tratados en que se admite el arbitraje, sucesivamente celebrados por las naciones americanas, no solo entre sí, sino también con potencias europeas; el último de estos, de carácter absolutamente amplio, fué concertado por mi patria, el Uruguay, con Italia, ratificándose en diciembre de 1914. En su artículo 1° se establece: "Todas las controversias, de cualquier naturaleza, que por cualquier causa surgieren entre las Altas Partes contratantes, y que no haya sido posible arreglar por la vía diplomática, serán sometidas a juicio arbitral."

El propio Congreso de Derecho Internacional Privado de 1888, a que antes me he referido, debe señalarse como extraordinariamente importante y significativo; de sus trabajos dimanaron los Tratados de 1889, por los cuales, los Gobiernos de la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, establecieron una legislación común en las materias fundamentales de Derecho Civil, Comercial, Penal y Procesal, como también en lo referente a propiedad literaria, artística e industrial, y al ejercicio de las profesiones liberales.

No es necesario detenerse a comentar todo cuanto semejantes acuerdos demuestran por sí mismos, de una manera palmaria; sólo mediando muy grandes afinidades es como podría haberse llegado a realizar una obra de proyecciones tan vastas y múltiples.

Otra manifestación de un orden aún más avanzado, fué la Convención del 20 de diciembre de 1907, entre las Repúblicas de Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Salvador, estableciendo una Corte de Justicia Centroamericana, constituída por cinco magistrados que designaría el Poder Legislativo de cada uno de los cinco Estados contratantes, habilitándolos para conocer de todos los litigios sin excepción, que pudieran surgir entre las potencias signatarias, y aún para reglar los conflictos entre los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial de cada uno de dichos países.

La franca solidaridad entre pueblos cuyos destinos son armónicos, muchos de ellos con un origen común, sin pensar por ello que hayan de surgir exclusivismos, decididamente rechazados por el espíritu decididamente liberal del Con-

tinente, hace que la América sea un campo fecundo, abierto al cultivo de los más elevados ideales, en beneficio de la humanidad entera; y este es el fundamento capital en que se apoyan todos los Congresos a realizarse en tierra americana, descubriendo los más amplios horizontes al vuelo de las inteligencias, y las más ilimitadas posibilidades para la expansión de todas las energías.

El programa de la Primera Conferencia Panamericana de 1889, ya comprendía la preparación de un plan definitivo de arbitraje para zanjar toda clase de conflictos, al mismo tiempo que indicó una serie de proyectos que aumentasen el intercambio y las buenas relaciones entre todos los países del Continente; pero tal vez se fué demasiado lejos, al tentar la formación de una unión aduanera; el ejemplo del Zollverein alemán, era demasiado conocido, para que tentativa semejante pudiera aceptarse con simpatía y en silencio.

Hay que suponer que esa y otras iniciativas poco oportunas, suscitando explicables recelos, hayan contribuído en mucho a demorar la franca inteligencia de las Repúblicas del Continente; pero la obra de la "Unión Panamericana," las reformas y actividades de su representación en Wáshington, con las sucesivas reuniones celebradas en México, Río de Janeiro, y Buenos Aires, han ido, poco a poco, modificando las impresiones primeras, y ahora pueden ya apreciarse finalidades de orden colectivo, en el acercamiento panamericano, que ningún interés político comprometen, y que no podrían en consecuencia, ser hostilizadas con justicia.

Yo mismo escribía en el año 1913: "Esta unión, en su único y verdadero espíritu, no es sino la cooperación de todos los países americanos en provecho común, activando el intercambio de sus productos, su recíproco conocimiento, contribuyendo, en fin, al progreso de todos y de cada uno.

"Descartemos pues, la posibilidad de planes peligrosos, puesto que todo ello no merece ni puede merecer sino el más entusiasta aplauso. En realidad, ninguna persona ilustrada, que se haya ocupado de estas cuestiones, ha podido jamás desconocer el valor de este admirable programa de asistencia mutua en beneficio de la obra común."[1]

Y esas ideas que entonces emitía, han seguido robusteciéndose en mí, con la constante observación y el estudio de los hechos, con la desapasionada apreciación del conjunto de circunstancias que puede dar exacta cuenta de los móviles dominantes, no definidos con suficiente exactitud, cuando se hacen deducciones de carácter general, basándose en lo que son tan sólo actitudes o prácticas aisladas. Pueden fustigarse y aún condenarse estas últimas, sin que por ello se altere en lo más mínimo el juicio que abarca la universalidad del magno plan desarrollado.

Pero la América es algo más que un terreno admirablemente apto para dar vida y calor al tan discutido problema del pacifismo. Después de haber recibido de Europa todos los elementos que le han permitido llegar, en corto plazo, a la altura en que se encuentra, América podrá a su vez, retribuir a Europa sus dones, sirviéndole de fuerte apoyo, para que beneficie el viejo Continente los resultados de esta obra pacificadora. Por la propia esencia de sus instituciones, por el carácter de las razas que la pueblan, por la situación que su ambiente de libertad le ha creado, América no es ni exclusiva, ni raquítica en sus aspiraciones, sino completamente abierta a todas las expansiones de los más elevados sentimientos.

Así como ha recibido las concepciones más altas, sabrá dar participación, en los felices resultados de su aplicación a la vida práctica; asegurada la permanencia de su pacificación continental, podrá ser la mejor garantía para la paz de los demás.

---

[1] "Monroismo," pág. 186, 187.

Los Estados Unidos, por sí sólos, ya han ejercido más de una vez, su influencia saludable en ese sentido; ¡cuál no será el peso que hará sentir la América toda, cuando pueda ponerse, unida, al servicio de tan nobles ideales!

Fué la sangre europea que animó la nueva vida americana; fué el intelectualismo del viejo Continente que educó las nacionalidades nacientes, las ayudó en su desenvolvimiento y las alimentó con sus ejemplos; y América, al mismo tiempo que se formaban las nacionalidades que la han poblado, sintió nacer el germen de su continentalismo, como una necesidad que, día a día, se ha seguido desenvolviendo y cuyas manifestaciones permanentemente perfecciona y completa. Más adelante, el proceso evolutivo de sus grandes destinos, la ha de poner frente al problema del intercontinentalismo, siguiéndose así la progresión admirable que del individuo llega hasta la humanidad, después de pasar por la familia, la nacionalidad, y los grandes conjuntos de los continentes.

Habiendo crecido lozanas, en el fecundo suelo de la libertad, las naciones americanas, en fraternal abrazo, podrán ofrecer su ejemplo y su cooperación, para que los países de su origen alcancen también una calma, restauradora de las fuerzas trabajosamente empleadas en la obra, siempre respetable, de tantos siglos afanosamente vividos.

La consolidación de la paz mundial, será la gloria más pura de América, donde aproximadamente doscientos millones de habitantes, libres y conscientes, decididamente contribuirán a inclinar en sentido sereno y equitativo, la solución de todos los problemas futuros.

III. ¿Cuál es el Sistema más Apropiado para Sustituir la Guerra por los Arreglos Pacíficos?

En toda clase de cuestiones, la forma elegida para llegar al fin deseado, reviste una importancia enorme, puesto que de seguirse una u otra senda, puede depender el éxito o el fracaso de los própositos cuya realización se persigue.

En las cuestiones internacionales, donde son tantos los elementos concurrentes que deben tenerse en cuenta, distintas las voluntades que actúan, y tan variables las circunstancias en que se encuentra cada una de las partes, ese problema de las formas, alcanza proporciones aún mayores, llegando a darse el caso de que, aún cuando medien idénticas tendencias en lo fundamental, se convierta lo accesorio en principal y llegue a constituir el único escollo para llevar a la práctica las mejores y más armónicas intenciones. No de otra manera se explica que, sin variar en manera alguna la situación relativa de dos países, ni sus producciones, ni su régimen comercial; sin alterarse pues, ni sus aspiraciones ni sus conveniencias, puedan sus relaciones, sin embargo, mejorar notablemente, pasando de una disposición de ánimo hostil a otra amistosa, por el simple cambio de visitas oficiales, agasajos, cortesías, etc., que obran de un modo visible, en virtud de la eficacia de simples detalles, en los cuales se busca siempre la interpretación de los verdaderos sentimientos íntimos.

Así pues, tratándose nada menos que de elevar la benevolencia y la equidad entre las naciones, hasta el punto de suprimir el recurso de las armas (el más apto sin duda, para agregar la calamidad de la derrota, a la injusticia del agravio sufrido), debe pensarse muy detenidamente, en la elección de los medios que puedan proporcionar tan difícil éxito, extirpando la guerra, que sólo parece hermosa a los que no han tenido la desgracia de soportarla, y de la que decía el propio General, Duque de Wellington, que "es una de las cosas más detestables."

68436—17—vol vii——16

Ante todo, debe sin embargo reconocerse esta verdad: No existen medios absolutos, y menos aún, inmediatos, que puedan proporcionar la radical supresión de la guerra. A todo lo que puede aspirarse, dedicándole los más entusiastas y constantes esfuerzos, es a hacerla cada día más difícil, tendiendo sin cesar a su paulatina desaparición.

Por un lado, hay que cuidar de poner los mayores obstáculos a que los estallidos se produzcan, y hasta procurar restarles sus recursos preparatorios; por el otro, más esencial aún, ennoblecer por la educación, el sentido moral de los pueblos, y hacerlos cada vez más, los verdaderos dueños de sus destinos.

Las Conferencias de la Paz en la Haya, con la creación de una Corte Permanente de Arbitraje, representaron un feliz comienzo para la aplicación de los medios de la primera clase. Juzgado el hecho de una manera superficial, puede haber quien no quiera concederle influencia alguna sobre los sucesos posteriores de la historia; pero en realidad, la sola formación de un centro con tal misión, ya es útil; cuando menos, amolda el espíritu público a ver allí una esperanza, lo que no sólo es un bien en sí mismo, sino que dispone favorablemente para obtener más en el porvenir.

Las ideas no se difunden en vano, aun cuando no siempre se palpe su acción inmediatamente; son muchas las veces en que la humanidad las ha visto vencer, al fin, después de haber sido menospreciadas y hasta objeto de burla; la paciencia del pulidor, acaba por labrar las facetas que dan vida y esplendores al brillante; así las ideas infatigablemente propagadas pueden desbrozar el alma del guerrero y obligarle a que deponga sus armas ante los altares de la razón.

En nuestro mundo americano, fué también muy importante la Convención firmada por los representantes de diez Repúblicas, el día 28 de abril de 1890, como consecuencia de las deliberaciones del Primer Congreso Panamericano reunido en Wáshington, estableciéndose el arbitraje como un principio de Derecho Internacional americano, con carácter obligatorio, sin otras salvedades que la indicada en su artículo 4° respecto a las cuestiones que, a juicio de alguna de las naciones contratantes, pudiera poner en peligro su propia existencia.

A los Tratados de arbitraje que antes se pactaban cautelosa y limitadamente, han sucedido los de términos absolutos; la primera tentativa entre Sud-América y Europa fué en 1898, correspondiendo ese honor a Italia y la Argentina; la Convención, sin embargo, fué luego restringida, exceptuándose los asuntos de orden constitucional; pero la fórmula amplia ha triunfado, habiendo entre otros, el ejemplo de Dinamarca, que ha firmado tratados, con Holanda en 1904, con Italia en 1905 y con Portugal en 1907, donde no se exceptúa del arbitraje cuestión alguna, como sucede al igual, en el Tratado que con la misma Italia, y con idéntica amplitud, ha ratificado el Uruguay en 1914.

¿No se ve ahí la ley a que obedecen todos los progresos? La timidez de los ensayos que preceden a toda innovación está aquí agravada aún por la prudente gradación que se hace necesaria, tratándose del ajustamiento de relaciones internacionales, que son por su especial naturaleza, de carácter delicado.

Recientemente, el grandioso plan de Tratados de Paz, iniciados desde los Estados Unidos, añade un nuevo jalón en la marcha ascendente de los progresos humanos; y el Sr. Presidente Wilson, al dedicar sus indiscutibles prestigios a tan altos ideales, rinde el más noble servicio a la causa de la humanidad.

¿Que uno, dos, o veinte de esos Tratados llegarán después a ser violados? no importa; con una sola guerra que hubieran evitado, ya estarían bien compensados los afanes empleados para concertarlos, sin contar con que, aún los violados, añadirían siempre algo para el adelanto de las relaciones internacionales, y han de contribuir, más tarde o más temprano, a su total mejoramiento.

La simple enunciación de un buen pensamiento, ya es el principio de una obra cuyo germen no se perderá, aún cuando demore en dar sus frutos. Y esa serie de Tratados, que obligan a la designación de una Comisión de estudio, cuando la diplomacia no ha podido zanjar las controversias, y que compromete a no declararse la guerra antes de pasar un año de esa intervención, constituye una muy sabia medida, a fin de calmar las pasiones excitadas, dando tiempo para reflexionar y para encontrar tal vez, con la cooperación establecida, la solución satisfactoria que de otra manera hubiera sido imposible.

Hondo, muy hondo, será el surco que abra esa iniciativa, en favor del fomento del bien, y aun cuando no fuese dable apreciar sus resultados inmediatamente, no por eso serán ni menos seguros, ni menos importantes.

Desde "Le Grand Dessein" de Enrique IV de Francia, y desde los generosos proyectos de William Penn, del Abate St. Pierre y J. J. Rousseau, por no remontarnos hasta el modelo griego del Consejo Anfictiónico; y pasando por los estudios de Vattel, Smith y Turgot, los de Kant, Necker y Bentham, han sido innumerables los ensayos que han contribuído, con innegable eficacia, a que ya hoy se estimen tales sueños, como cosa dentro de los límites de lo posible; y ahora no es solo el arbitraje, sino su carácter obligatorio, y tampoco este únicamente, sino su aplicabilidad sin excepción de casos, lo que se puede sostener como factible, lo que se hace ya!

Con respecto a esta última ampliación, ¿cómo podría admitirse seriamente que hay conflictos demasiado graves para someterlos al fallo arbitral?; ¿podría acaso asegurarse que la solución ofreciera mayores garantías por medio de la guerra?; ¿no hay para los intereses vitales un horizonte mejor que el de las batallas y sus ruinosos derivados? ¿O es, por el contrario, aquéllo que es más importante, lo que hay que cuidar de salvar de las contingencias de la guerra, lo que precisamente ha de alejarse de las complicaciones imprevistas, cuyos efectos resultan inseguros y variables, poniendo el mayor empeño en que se estudien serenamente, por el mejor de los Tribunales posibles?

Quien tales cosas no viera claramente, no ha de ser porque se inspire en sentimientos de derecho, sino porque creyéndose el más fuerte, funda en ello sus esperanzas de abuso y predominio; o porque, ofuscado, se niegue a poner sus facultades al servicio de la reflexión.

Entre tantos planes y combinaciones como se han ido estudiando para obtener la supresión de las guerras, se observa siempre lo que, a mi juicio, ha constituído fundamental equivocación, produciendo su misma ineficacia: se ha pecado por exceso. En el deseo generoso de obtenerlo todo, se ha buscado una solución radical que no existe.

El sometimiento completo, inmediato, de todas las cuestiones de orden político, no puede ser, ni es de imaginar que se acepte por las Naciones; se hace de todo punto necesario, por consiguiente, resolver semejante problema de una manera gradualmente progresiva, dando tiempo a que su aplicación se acepte sin resistencias, y concluya por penetrar los duros caparazones de preconceptos hereditarios, haciendo completa luz en los más altos como en los más humildes cerebros, por la evidencia de ser una aspiración perfectamente realizable, y exenta de peligros.

La benevolencia como sistema, la justicia como ley; esos son los únicos extremos que deben predominar, los únicos elementos para obtener la paz; y cuanto más se logre extender ese espíritu en las relaciones internacionales, tanto más cerca se estará de la convivencia humana, sin el posible estallido de conflictos armados; así como en las relaciones personales, la tolerancia y la equidad, debidas a una adelantada educación del carácter, han ido haciendo desaparecer las intemperancias agresivas, y convertido en hecho absolutamente

normal, la existencia de inmensas comunidades que viven tranquilas, en la multiplicidad de su pacífica vida de relación.

De los distintos planes pacifistas a que antes me refería, deseo mencionar especialmente, por la aguda observación en que reposa, el debido a un benemérito compatriota, D. Pedro S. Lamas, aún cuando creo que, si bien hermoso en teoría, carece de los ineludibles medios que pudieran hacer efectiva su aplicación.

Parte el Sr. Lamas del principio de que el objetivo de las guerras es la adquisición de nuevos territorios, por conquista o reivindicación; teoría a la cual los hechos parece que dieran razón completa. De ahí que suponga como medida eficaz para suprimir la guerra, la celebración de un compromiso entre las Naciones, sujetándose a no extender jamás sus dominios por la conquista, ni por razón de compensaciones. "Impidamos, dice, por un acuerdo general, solidario y recíproco de todos los pueblos, toda conquista, toda invasión, toda violación de territorio, y habremos abolido, suprimido la guerra, pues la habremos quitado su única razón de ser y objetivo."

Pero la primera y más grave dificultad, es precisamente el obtener que las Naciones se sometan a contraer un compromiso de tan amplios y absolutos términos; tanto valdría, y eso sería más simple, exigirles que se comprometieran sencillamente, a no entrar jamás en guerra.

Por otra parte, ¿es cierto que las guerras se promueven siempre por ambiciones de conquista, o son las anexiones de territorios una consecuencia, y no la causa, de la propia guerra? Indudablemente, puede la adquisición de ventajas territoriales ser el motivo determinante de una acción armada, pero puede también surgir la guerra sin ese objetivo inmediato.

Recordando las analogías que se presentan entre las acciones individuales y las colectivas, hasta el punto de que el estudio de las primeras pueda servir para explicar las últimas, en los casos dudosos, véase como la circunstancia de que en muchas ocasiones el robo siga al homicidio, no basta para sentar que se mata siempre para robar; existen también los crímenes pasionales, los determinados por razón de perversidad, por anomalía morbosa, &c. Y a las naciones, tampoco las mueve exclusivamente el interés, pues si bien la propagación de los sentimientos democráticos, la virtual igualdad de los hombres, limitando a mero accidente sus diferencias de rango o posición, han hecho desaparecer la posibilidad de las guerras de dinastía o sucesión; sin embargo, se recurre a las armas por el propio instinto de conservación, por sentimientos de dignidad nacional, por exigencias de la lucha comercial, que a veces puede envolver intereses supuestos vitales, y en fin, por la defensa de principios de verdadera importancia trascendental.

En cuanto a la fuerza misma de los Tratados que se obtuviesen, en esa forma absoluta, se sabe que éstos son fáciles de modificar, que desgraciadamente pueden violarse también; y por lo que hace a la solidaridad, ella misma puede convertirse, en su hora, en el más perfecto mecanismo para que las concupiscencias de los más, sean de antemano garantidas, y los derechos de los menos, reducidos a la nada.

Nó; no son los compromisos, más o menos solemnes, los que deciden de cuestiones fundamentales; son la rectitud y la cultura moral generalizadas, y elevadas a tal altura que repugnen la violencia, las que pueden evitar el bochornoso espectáculo de las feroces carnicerías humanas.

Faltando ese sentido moral, para nadie más útiles los Tratados que para los fuertes; exigirán su cumplimiento cuando con ello dieren satisfacción a sus propósitos, y en el caso contrario, siempre tendrán el pretexto para hacer que sus cláusulas no constituyan estorbo alguno, en la ejecución de sus planes atentatorios.

La teoría del Sr. Lamas, sin embargo, no debe ser por completo relegada al olvido; hay en ella un fundamento de innegable importancia, y tiene el mérito de poner al descubierto la codicia infamante que ha sido, más de una vez, la causa de grandes crímenes. Si desgraciadamente, no han de esperarse del sistema resultados absolutos, puede, sí, constituir un elemento concomitante de saludable estabilidad, aplicando hasta donde fuere posible, el espíritu que lo informa.

Las convenciones que se fueran celebrando, a fin de extender cada día más la solidaridad internacional sobre delimitaciones territoriales, definitivamente admitidas, proporcionarían una relativa valla contra las aventuras guerreras, y harían siempre mayor la necesidad de la intervención arbitral.

Pero esa solución de las cuestiones por medio del juicio arbitral, que es la forma más culta y la que reemplaza ventajosamente y evita las cruentas hecatombes, indignas de una verdadera y completa civilización, sólo la elevación moral de los pueblos puede hacerla absolutamente obligatoria.

Cuando el honor y la dignidad sean una verdad, en todas las comunidades; cuando las faltas, en ese orden de relaciones morales, levanten unánime protesta y se castiguen cual merecen, con el menosprecio y la repulsión universales, como se hace hoy con el individuo de condiciones reconocidamente incorrectas, entonces es cuando aparecerá la segura posibilidad de ahuyentar definitivamente los fantasmas de la guerra, tal como ahora se practica aún, y que la justicia internacional, dentro de la relatividad humana, sea una verdad tan consoladora, como lo es ya la justicia social, que si no perfecta, hace llevadera una satisfactoria vida de relación en los pueblos modernos.

Hay, pues, aparte de los esfuerzos que antes he señalado, y que son indudablemente de muy grande valor, otra distinta serie de trabajos, la realmente principal, que habiliten para establecer con toda claridad, con la absoluta persuasión de la opinión pública, que lo que es indigno para un hombre, es igualmente indigno para una multitud de hombres, sean estos centenas, millares o millones.

No es la sanción posible, la que decide de la moralidad o inmoralidad del acto; y sin embargo, se da este extraño contraste; nadie que se respete, se atrevería a emplear sus fuerzas en abuso de una criatura, mientras una nación adulta, poderosa y preparada, no tiene mayor reparo en atacar a otra más joven y débil; un hombre perfectamente armado, se avergonzaría de luchar con quien estuviese indefenso, o de atacar en la proporción de diez a uno; y entre tanto, esas circunstancias innobles, se estiman por las naciones agresoras, como algo muy favorable y halagador.

No se advierte nunca, que todos esos casos reputados ventajosos y aprovechables se traducen en verdaderos errores de la mayor gravedad, y que el resultado material inmediato no es sino una pura ilusión. El castigo puede tardar en llegar, pero con seguridad alcanza a las naciones criminales, porque en éstas, mas aun que en los individuos, el derecho, fatalmente, acaba siempre por vencer sobre los injustos efectos de la fuerza.

La dificultad fundamental de todos los sistemas propuestos consiste, pues, en la falta de preparación moral suficiente; y a corregir esa falta, deben aunarse los mayores esfuerzos, sin perjuicio de interponer todos aquellos medios que puedan hacer difíciles las conflagraciones sangrientas, tratando de obtener, a todo trance, el tiempo necesario para que sea la reflexión la que impere.

No es con un recurso determinado e inmediato, aun cuando este fuera maravillosamente ideado, con lo que se va a conseguir el cambio de la situación actual de los pueblos, sino que es absolutamente preciso, por una serie

de encadenados progresos, irse acercando a un estado en que la guerra sea siempre más difícil, y acabe por ser imposible.

Es inútil pretender llegar a la cumbre de la montaña, sin que previamente se haga el ascenso, por cualquiera de los medios conocidos, pasando desde el valle, por todo el espacio intermedio.

Ese proceso, gradual pero seguro, es el que puede y debe activarse, y el que ha de seguir la América, con las más grandes esperanzas en un futuro de sólida e inquebrantable armonía.

IV. Constitución de Comisiones Internacionales Permanentes.—La Alta Corte Panamericana.

En el mes de marzo del año 1911, presenté al Sr. Ministro de Relaciones del Uruguay (en forma puramente confidencial), un estudio en el cual se proponía la realización de un Congreso, al que serían invitados todos los países de la América Meridional, con el objeto de constituir una "Comisión Internacional Sudamericana" que tuviera, entre otros de índole análoga, los siguientes cometidos:

"1°. Velar por el mantenimiento de la Paz en el Continente, como base imprescindible para cimentar el progreso armónico y la plena expansión de sus energías productoras; y en tal sentido, confiriéndole la facultad de interponer sus buenos oficios, dentro de la discreción y prudentes prácticas diplomáticas, para facilitar la rápida, digna y equitativa solución de los conflictos que pudieran ocurrir entre las Naciones representadas.

2°. Interesarse por la adopción del arbitraje voluntario, como el más ventajoso medio de resolver las divergencias, y tratar de que el arbitraje obligatorio, extensivo al mayor número de casos, se aproxime cada vez más a la realidad que constituye el moderno *desideratum* de los más avanzados estadistas.

3°. Hacer el estudio preparatorio de todas las cuestiones que puedan demandar la concurrencia de los Estados Sudamericanos, para que así sea más útil, práctica y eficaz su intervención en los grandes Congresos, como los de La Haya y los Panamericanos, que tan benéfica influencia están llamados a ejercer en los progresos de la Humanidad.

4°. Trabajar por el aumento de medios de comunicación y facilidades de tránsito, tratando de armonizar los reglamentos marítimos, sanitarios, de correos, &c., en todo el Continente.

5°. Sostener y ampliar el intercambio intelectual, las relaciones entre los elementos universitarios, escuelas técnicas, y las del personal científico de toda la América del Sur.

6°. Preparar la fundación de centros de exhibición, información y propaganda que den completa idea del Continente, de sus adelantos y de su potencialidad económica."

A pesar de los comentarios y fundamentos con que acompañé ese bosquejo destinado a servir de base a una vasta acción americanista, el Gobierno no creyó llegado el momento, tal vez, o no halló ambiente para tomar la iniciativa que yo proponía, y el proyecto quedó circunscrito al conocimiento que de él tuvieron algunas pocas personas, entre ellas nuestro distinguido Ministro en el Brasil, D. Eduardo Acevedo Díaz, quien manifestó siempre el más grande interés por ver aquellas ideas llevadas a la práctica.

En cambio, hay que felicitarse de que el impulso dado por los Estados Unidos, en términos más generales, prometa realizar la mayor parte de los puntos enunciados, como que han sido arpiraciones sostenidas en todos los Congresos Panamericanos habidos hasta ahora.

Sin embargo, un trabajo auxiliar y concordante, en este hemisferio Sur, mantenido en forma permanente, hubiera sido del mayor valor para apresurar las finalidades de la gran obra total. Y especialmente, el funcionamiento de una Comisión Internacional Sudamericana, habría contribuído al acercamiento y elevación coordinada, en la verdadera senda de los bien entendidos intereses de todos estos países. Su cooperación entonces, con los importantes núcleos de los

Estados confederados del Norte, hubiera sido mucho más activa, y ya en la época presente, se hubieran palpado sus inmensos resultados de todo orden.

Pero el pensamiento capital de mi proyecto consistía precisamente en dar nacimiento a una Comisión de acción permanente entre las naciones del Sur; pensamiento que hoy amplío, preconizando las ventajas que habría en crear varias Comisiones Internacionales, a fin de que, bien fuera al Norte, al Centro o al Sur de las Américas, donde quiera que pudiere nacer el peligro de un conflicto, existiera ya el organismo, sin necesidad de constituirlo *ad hoc*, de antemano autorizado a intervenir como entidad mediadora, que empezaría con toda oportunidad a ejercer su benéfica ingerencia.

Porque es bien fácil comprender, que una cosa es que las naciones en conflicto procedan a concertar el nombramiento de una Comisión de estudio, o que convengan en aceptar la mediación de un Estado amigo, y otra muy distinta, es el que esa Comisión, de autoridad ya reconocida por todos, funcione en forma continua, y tenga facultades preestablecidas para ejercer sus buenos oficios, imponiendo situaciones determinadas, con arreglo a los Tratados que para tales casos estuvieran en vigencia.

Algo de eso ha venido a ser consagrado por el Convenio firmado en Buenos Aires, con fecha 25 de mayo de 1915, por los Sres. Ministros de Relaciones de la Argentina, Brasil y Chile.

Por el artículo 1° de dicho Convenio, se establece que cualquiera cuestión que en el futuro surgiera, entre las tres partes contratantes o entre dos de ellas, y que no hubiera podido ser resuelta por la vía diplomática, ni sometida a arbitraje según los Tratados existentes, será pasada a la investigación o informe de una Comisión Permanente que se instituye con sede en Montevideo, comprometiéndose las partes a no practicar actos hostiles, hasta después de producido aquel informe o de transcurrido un año de constituída la Comisión.

No se dan aún ahí, todas las condiciones amplias deseables, que yo había proyectado, para rodear de efectivas y oportunas atribuciones a esa Comisión Internacional, denominada Permanente, a pesar de que por el artículo 4° del convenio se requiere su convocatoria por alguno de los Gobiernos interesados, y que por el artículo 5° se fija el plazo de tres meses para que se constituya, después de convocada, previniendo que vencido ese término se reputará de todos modos constituída, a los efectos de los plazos que se establecen sobre lo fundamental.

Tampoco se ha dejado abierto el Tratado, para que se adhieran a él las demás naciones del Continente, siendo así que por su índole es precisamente de los que admiten el mayor número de signatarios, puesto que sus alcances no son de un interés limitado a determinados países, sino de un carácter esencialmente general.

No es poca cosa, sin embargo, que se haya levantado esa nueva enseña, marcando rumbos auspiciosos a tal clase de contrataciones internacionales; se empieza por poco, se advierte luego que lejos de exponerse a soñados peligros, aumentan las corrientes de buena inteligencia, que son las que más poderosamente contribuyen a alejar esos fantasmas creados por la pertinacia de una latente desconfianza entre los pueblos; y lo que al principio fué simple ensayo, se transforma en algo definitivo; lo que apenas se insinuó, se amplía y extiende luego, con la seguridad plena de que a todos, sin excepción, conviene y aprovecha.

Abrigo la esperanza de que, sobre la base de este primer paso, será mi país el que tome la iniciativa de extender esas vinculaciones a todas las naciones sudamericanas, logrando pactar condiciones más completas, de armonía y tranquilidad para el futuro, que alejen definitivamente la posibilidad de las

reivindicaciones armadas que rebajarían nuestro nivel ampliamente humano, y desvirtuarían la altísima misión que le está reservada a América.

Muchas y muy importantes consecuencias deben esperarse de la grandiosa concepción del panamericanismo, en la que todos cooperan a la realización de los ideales atendidos con tanta dedicación inteligente, por los Estados Unidos del Norte; y no hay porque dudar que la constitución de Comisiones Internacionales Permanentes, sería una garantía para mantener a los distintos grupos de Repúblicas, en condiciones de secundar, sin dolorosas interrupciones, la inmensa obra común que se apoya necesariamente en una Paz inalterable, y en la incesante labor, como base segura del adelanto y bienestar generales.

Perfeccionar, completar el funcionamiento de esa Comisión Permanente, cuyo establecimiento en Montevideo ha sido ya convenido por Chile, Brasil y Argentina, no debe constituir una dificultad insuperable, desde que ello no sería sino un graduado y natural desarrollo de lo ya existente, dado ya el primer paso que rompe con los prejuicios y recelos, tan rehacios siempre para tolerar cualquier desviación de las prácticas añejas.

Por fortuna, al frente de las tres Cancillerías que han dado el brillante ejemplo, como igualmente a cargo de la del Uruguay, están otras tantas personalidades de positivo valer, no cristalizadas en viejas fórmulas, sino en franca comunión con todas las aspiraciones de la época en que vivimos; su acción en los negocios públicos ha empezado a dejarse sentir ya, y seguirá en la acertada senda de los acercamientos proficuos, despejando el camino que juntos han de recorrer los pueblos americanos, porque uno y el mismo es el porvenir de todo el Continente.

Y esas Comisiones Permanentes podrían a su vez ser parte de la Gran Comisión Panamericana que persiguiera en conjunto los mismos ideales de armonía, prosperidad y engrandecimiento moral comunes a toda la América, refundiendo así los prolijos trabajos, con tanto acierto y paciente asiduidad dirigidos por la Oficina Panamericana radicada en Wáshington.

Luminosa, espontánea, como el lógico coronamiento de esas Comisiones Internacionales, de análogas funciones a las "Comisiones de Conciliación" que indicaba el Abate de St. Pierre, surge la visión de un Alto Tribunal que regulara en último término las relaciones fraternales entre los pueblos americanos, haciendo que sus conflictos se resolviesen siempre por la acción imparcial de principios justicieros sabiamente aplicados.

He dicho visión, y agregaré aún, visión lejana. Pero, cuando las desconfianzas de los nacionalismos, lleven el mismo fin que los recelos entre las tribus y el salvajismo de los individuos, entonces vendrá el Tribunal internacional, como resultado de un mayor adelanto en el espíritu público, del más completo conocimiento recíproco, de una mayor actividad de sinceras relaciones; y, en fin, del propio funcionamiento, con resultados palpables, de las Comisiones Internacionales, las que, esas sí, están ya muy al alcance de los sentimientos del momento.

Se empezará, pues por tentar el establecimiento de un Tribunal al que pueda recurrirse voluntariamente, antes de que se alcance a consagrar una Corte de jurisdicción obligatoria; pero es de todo punto seguro que ha de llegarse a lo más, a medida que el nivel moral común, en constante mejoramiento, se halle a suficiente altura para ello.

No se me oculta el *formidable* argumento de los eternos escépticos, basado en los peligros que para la soberanía de cada Estado pudiera implicar semejante estado de cosas. Pero, precisamente ese funcionamiento de las Comisiones Internacionales y de un Alto Tribunal Panamericano, se habrían consagrado por virtud de esas mismas soberanías.

El sometimiento del hombre civilizado a las convenciones sociales, no equivale a la abdicación de la libertad individual, racionalmente entendida; del mismo modo que no sufre la verdadera dignidad nacional, sino que se enaltece, por el acatamiento a las resoluciones que diriman racionalmente los conflictos de Estado a Estado. Naciones tan poderosas como la Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia, han aceptado repetidamente esa forma de juzgar diferencias internacionales, y se han hecho luego un honor en respetar los fallos pronunciados. Mucho más peligra la soberanía, expuesta a los azares de la guerra, y sin embargo los pueblos, ofuscados, se arrojan a ella con todo entusiasmo!

Conceptúo como un elemento de la más grande importancia, para acercarnos a la realización de los expuestos ideales, aquél que forma la materia del Tema VI de esta Sección: "¿Debería codificarse el derecho internacional? Y en este caso ¿debería hacerse por gestiones de los Gobiernos, o por sociedades científicas privadas?" Yo creo que de cualquier modo que fuera resuelta la segunda proposición, el Congreso no ha de tener la menor vacilación para pronunciarse por la afirmativa en cuanto a la primera.

A pesar de la variación constante que se observa en los convencionalismos, práticas y usos del derecho internacional, es innegable que se ha ido acumulando un conjunto de principios fundamentales, y que existen otros que convendría incorporar con carácter de permanentes; y esos principios, que ya no podrán alterarse sin retrogradar, sería conveniente que formaran la base de un Código Internacional, reconocido y respetado por todos. Obtenido que fuera este cuerpo de leyes internacionales, libremente aceptado por los Estados del Continente, se habría conseguido establecer el sólido y necesario fundamento para admitir confiadamente la acción de una Corte Suprema Panamericana.

La Justicia Internacional no es una innovación absoluta que hubiéramos de afrontar, después de haber funcionado, y funcionado con éxito completo, en casos de notoria importancia, la Corte de Arbitraje en La Haya; y podemos recordar con satisfacción, que se ha dado en ella el caso de haber sido representada Sud América por uno de sus preclaros hijos, el ilustre Dr. Luis M. Drago, quien formó parte de esa Corte. con reconocida notable actuación, en la cuestión de las pesquerías norte-atlánticas de Newfoundland, surgida entre Inglaterra y los Estados Unidos.

Esa codificación, tan importante desde el punto de vista general, tuvo digno comienzo, en cuanto a las relaciones entre naciones americanas se refiere, en el Congreso de Derecho Internacional Privado, reunido en Montevideo el año 1888; y luego, si bien no se alcanzaron resultados práticos, significó un esfuerzo de la misma índole, la Conferencia Panamericana de Jurisconsultos, tenida el año 1913 en Río Janeiro.

En el informe del Delegado por Salvador a esta última Conferencia, hallo la enunciación de algunos puntos que merecen señalarse especialmente, y que el Sr. Alonso Reyes Guerra proyectaba en la forma siguiente:

(*a*) La violación del principio de la no intervención, dará al Estado ofendido el derecho de reclamar indemnización y reparación por el agravio.

(*b*) La conquista queda definitivamente proscrita en el Continente americano, siendo este el propio sentido jurídico de la Doctrina Monroe.

(*c*) El arbitraje es obligatorio para todas las controversias que originalmente surjan entre los Estados americanos, después de la adopción y vigencia de este Código.

(*d*) Toda reclamación pecuniaria entra en el dominio exclusivo del derecho interno, y en ningún caso podrá legitimamente apoyarse con la coacción internacional.

(*e*) Los extranjeros que voluntariamente se mezclan en guerras civiles, pierden por este solo hecho su calidad de ciudadanos extranjeros y quedan sujetos a las leyes penales que regularmente se aplican a los nacionales, cualquiera que sea el rigor de dichas leyes, y sin lugar a reclamaciones por parte del Estado de su perdida nacionalidad.

Conocidos los trabajos de carácter general, como los de Dudley-Field y Bluntschli, y el interesante ensayo de G. Internoscia, de Montreal, "The New Code of International Law", publicado en 1910 por la Compañía Internacional de Códigos de Nueva York, conviene luego detener la atención en ese género de proposiciones que dicen más especialmente a las necesidades particulares del Continente, con el fin de robustecer la confianza que es absolutamente necesaria, si se ha de llegar a formar un vínculo sincero y durable entre fuertes y débiles, honrándose los primeros y garantiéndose los segundos, con los inmensos beneficios que para unos y otros dimanan de la causa común, cifrada en la fraternal cooperación panamericana.

¿Utopias? No; tal palabra no es más que una hueca expresión para representar ese estado humano, en que la voluntad carece de vigor, y los sentimientos no saben llegar a la noble altura de que son capaces.

Podrá una idea grande y generosa ser prematura, carecer aún del ambiente que necesita para su desarrollo; pero esto no significa que deba desesperarse de verla realizada; precisamente porque faltan los medios inmediatos de llevarla a la práctica, es por lo que deben rédoblarse los esfuerzos que den esos medios, acercándonos así, cuanto fuere posible y más prontamente, a la solución que la razón impone y que todos están en el deber de anhelar.

Cuando se tiene el verdadero espíritu de acción, no se mide la distancia, se busca y se sigue el camino; cuando se usan las fuerzas humanas en toda su plenitud, y la voluntad funciona con absoluta conciencia de su inagotable poder, han de oponerse siempre, a mayores obstáculos, mayores energías.

Que los hijos de América actúen pues en esa forma, absolutamente seguros de sí mismos, yendo adelante sin desmayos, en la obra de su unión fraternal; que si no pudieran hacerlo todo hoy, hagan un décimo, ó una milésina parte de lo necesario para su ulterior perfeccionamiento, pero que jamás pierdan la fe, ni dejen de hacer algo por el adelanto común.

Tal debe ser el lema panamericano, inspirado en los más puros sentimientos de libertad, benevolencia y solidaridad humana.

RESUMEN.

Condensando en forma precisa, la rápida exposición que acabo de hacer para fundar las conclusiones derivadas del tema estudiado, terminaré con las proposiciones siguientes:

1°. La guerra no es una condición permanente de la humanidad, sino un triste resabio de las primitivas edades, en que la vida de relación no estaba aún firmemente establecida.

Con la sucesiva formación de las comunidades, el mejoramiento de sus costumbres y la extensión de su educación general, la conducta de los Estados, cual ha sucedido antes con la de los individuos, ha de llegar a ser guiada, exclusivamente, por la justicia, la razón y la moralidad; y cuando esto se alcance, cuando los pueblos dueños ellos mismos de sus destinos, no puedan ser dócilmente conducidos a las atrocidades de luchas insanas, nacidas de la perversidad, la ofuscación, o el delirio de unos pocos, entonces, forzosamente, la guerra será reemplazada por los medios pacíficos para el arreglo de todos los conflictos internacionales.

Quienes dudan de la posibilidad de realizar estos ideales, parten de la estrecha base de una actualidad que muy poco significa en las dilatadas extensiones del tiempo, y olvidan comparar lo que hoy es, con lo que ha sido, para comprender que, así como se ha llegado a lo que antes pareciera quimérico, puede ser realidad mañana lo que, con innegable fuerza, exige hoy la conciencia humana, erguida frente a todos los prejuicios que le son adversos.

Y así pues, mientras la lucha, como condición de la vida, continuará en sucesiva transformación, ajustada a la altura del nivel moral alcanzado, la guerra como tal, está fatalmente obligada a desaparecer, porque los pueblos así lo quieren, empezando a sentirse por encima de semejante recurso brutal. Lo que aún hubiera de tardar en suprimirse la guerra, para nada influye sobre los términos del problema.

El advenimiento de esa Paz deseada, debe esperarse con plena confianza; los juicios arbitrales aumentan, sus fórmulas son cada vez más amplias, se someten a sus fallos las naciones más poderosas; y la evolución tan claramente señalada por esos hechos, en manera alguna podrá detenerse, ni menos retrogradar.

Las guerras anteriores, acumulaban enconos, dando origen a futuros conflictos sangrientos, cuya violenta liquidación ha sido generalmente imposible evitar; las soluciones arbitrales preparan, en cambio, nuevas eras de buena inteligencia y armonía, haciendo desaparecer todos los gérmenes funestos de las pasadas épocas. La justicia internacional, traerá la paz internacional, y ni la una ni la otra son, en manera alguna, vanos ensueños, sino las resultantes de un estado forzosamente obtenible, desde que es el único que responde a ideales lógicos, acordes con las más elevadas exigencias de la naturaleza humana, y perfectamente realizables dentro del equilibrio general de las naciones, en condiciones tales que razón alguna fundamental impide establecer.

2°. A pesar de las muchas dificultades por que ha pasado el Continente americano, a causa de los sacudimientos inherentes a su emancipación de todo dominio extraño, primero, y a las luchas intestinas, después, para llegar por fin a su definitiva constitución y estabilidad, se ha notado en todos los países que lo forman, una muy marcada tendencia a la solución razonada y pacífica de sus conflictos externos; tendencia que puede explicarse, por efecto de las mismas auras de libertad que se respiran del uno al otro extremo de sus territorios, haciendo que el sentimiento de las democracias predomine en la apreciación de las grandes cuestiones nacionales.

Faltando pues, los centros de permanente dominio; siendo el poder transitoriamente desempeñado, en constante renovación saturada de los verdaderos anhelos públicos, jamás ha podido mantenerse el deliberado propósito de aventuras guerreras, y así, en las más solemnes ocasiones, han concluído por predominar los sabios dictados del buen sentido y los màs sinceros sentimientos de fraternidad.

La situación de América en relación al gran problema pacifista, es esencialmente favorable, por la índole de sus instituciones, por la ausencia de agravios atávicos, y por el espíritu liberal y humano de sus pueblos. Y cuando los pueblos se dan la mano, son incapaces de separarlos las fronteras, simples barreras artificiales creadas por un convencional tejido de preconceptos económicos, que más perjudican que protegen los intereses que pretenden tutelar.

Los Congresos Panamericanos, la Conferencia de Derecho Internacional Privado reunida en Montevideo el año 1888, los Tratados de 1889 originados por esta Conferencia, el Convenio del 20 de diciembre de 1907, entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Salvador, el Tratado de Buenos Aires, firmado este año por Chile, Brasil y Argentina, son otros tantos ejemplos de la verdad de mis afirmaciones; y si los Estados Unidos del Norte, sólos, ya han

hecho sentir en el mundo sus avanzadas opiniones en pro de los más altos ideales, mayor aún ha de ser la influencia que se pondrá al servicio de éstos, cuando actúe en su favor el conjunto todo de la Unión Panamericana. Doscientos millones de seres libres y conscientes, haciendo oir su opinión esclarecida y serena, al unísono, sobre las grandes cuestiones de interés mundial, harán en su día, que la resolución de todos los problemas se inspire en sentimientos de justicia y concordia.

3.° La desaparición de la guerra, no debe considerarse susceptible de obtención inmediata y absoluta, sino como cuestión compleja, a resolverse por la paulatina acción de varios factores que lleven necesariamente a ese resultado, por una mayor cultura general, por el predominio final de la voluntad de los pueblos mismos, en condiciones de no arriesgar sus destinos obedeciendo a la decisión de ajena voluntad, ni ser sugestionados por excitaciones artificiosas de clase alguna. Desaparecerán los políticos demasiado vivos o demasiado dominadores, y serán tratados los negocios de Estado, por los ciudadanos más sabios y prudentes.

Sólo el ejercicio de la libertad, perfeccionándose más y más, por la acción independiente de elementos que hayan adquirido plena conciencia de sus deberes y derechos, es lo que puede llevarnos a tan adelantadas condiciones.

El esfuerzo al servicio de esa gran causa, que debe ser constante, cabe clasificarse en dos grupos distintos, pero convergentes al mismo resultado final. Por un lado, todo aquello que pueda dificultar el estallido de las pasiones: compromisos arbitrales, convenciones para reglar los respectivos intereses, mediación de Comisiones investigadoras o de conciliación, pactos de solidaridad, etc.; por el otro, cuanto elevando la conciencia de los pueblos y dignificando su libérrima actuación en los negocios públicos, contribuya a tornar moralmente imposible el bárbaro recurso armado.

Y conjuntamente con una y otra serie de medios, se han de aumentar constantemente, de una manera amplia y sincera, las vinculaciones amistosas, y el recíproco conocimiento de pueblo a pueblo, que harán siempre más fáciles los arreglos pacíficos en las posibles divergencias.

Hay que irse acercando, pues, de una manera gradual a ese grandioso desideratum, perfeccionando poco a poco, los resortes que puedan dar solución fácil a todas las discrepancias, sin caer jamás en la negación del razonamiento, como sucede con el empleo de la fuerza bruta, que sólo sirve para agravar en vez de corregir los agravios.

4°. Puede y debe generalizarse inmediatamente en el Continente, el establecimiento de Comisiones internacionales con carácter de permanentes, que sirvan, bien para la investigación previa, dando una tregua forzosa que permita orientar la opinión pública, interesada a justo título en la solución del caso, o bien con el cometido de mediar *ab initio*, en el sentido de llegar a la conciliación de los intereses discutidos, aún cuando fuere contribuyendo a hallar la forma en que hubieren de ser luego resueltos.

La existencia de estas Comisiones Permanentes, no sólo representaría una utilísima vigilancia capaz de apagar la primera chispa, antes de que se convirtiera en incendio, sino que ellas podrían además, ejercer una continua función de recíproca inteligencia y aproximación entre las naciones representadas, creando nuevas corrientes de simpatía, de benevolencia y de continuada cooperación en el bien común.

Y por último, es dable esperar que el desarrollo de las relaciones sostenidas con perfecta buena fe mutua, acabe por permitir el establecimiento de la Corte Suprema Panamericana, para la resolución imparcial de todas las cuestiones entre los Estados del Continente.

El principio de la soberanía nacional, lejos de sufrir, se dignifica, cuando recurre al juicio de la inteligencia, en vez de apelar al brazo del soldado; y entre los azares de la pelea sangrienta y la dilucidación meditada de un Tribunal, es sin duda este último medio, el que mayores garantías representa para aquella misma soberanía. Las naciones más poderosas se han honrado acudiendo a esa forma de soluciones, y jamás han tenido porque arrepentirse de someterse al pronunciamiento de un fallo independiente y sereno.

América, con mayor libertad de acción, y con espíritu aún más independiente que el de las naciones europeas, verá erigirse esa Corte Suprema, como complemento final de sus grandes aspiraciones de armonia y progreso, en marcha decidida hacia la realización de los más altos ideales de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA.

Escanyé, "L'arbitrage international," 1888.

Basset Moore, "History and Digest of the International arbitration to which the United States has been a party," 1898.

Rapport à la Conférence de La Haye sur la convention pour la solution des conflicts internationaux, 1899.

David Jayne Hill, The Contemporary Development of Diplomacy, 1904.

William A. Sutherland, Notes on the Constitution of the United States, 1904.

The Arbiter in Council. London, 1906.

Pedro S. Lamas, Le problème de la paix, 1911.

Walter Alison Phillips, The Confederation of Europe, 1914.

Tratados de Bluntschli, Heffter, Dudley Field, Lawrence, Wheaton, Calvo, Pérez Gomar, Phillimore, Pradier Fodéré, etc.

ACTITUD DE COLOMBIA HACIA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES.

Por ARCESIO PENAGOS y R.

De 1815 a 1823 los poderes dominantes de Europa formaron varias alianzas con el objeto de hacer extensivos los principios del Cristianismo a los países débiles y aplicarlos tanto para sus asuntos internos como para los externos. Se propusieron suprimir las revoluciones, hacer efectivos los tratados de París y de Viena, arreglar de manera definitiva las cuestiones europeas e intervenir en las relaciones de las otras naciones. Estos fueron los fines de la serie de Congresos que se reunieron de 1818 a 1822 para discutir los asuntos de Nápoles, Piamonte y España.

Cuando se pensó en aplicar estos sistemas al Hemisferio Occidental, y de ayudar a España en la reconquista de sus colonias americanas que acababan de sacudir su dominio y de obtener su independencia después de tenaces y heroicos esfuerzos, los Estados Unidos de América proclamaron el principio que contrarrestó las ilimitadas pretensiones de aquellos poderes.[1]

La amenaza no era solamente para la América Latina: se extendían a todo el Hemisferio Occidental las absurdas pretensiones de las naciones europeas. El Presidente Monroe midió el peligro y siguiendo las indicaciones de George Canning y de John Quincy Adams, en diciembre de 1823, en su mensaje al Con-

[1] Hershey, Essential of International Law, pp. 71–73. Morris, History of the United States, pp. 275–276.

greso Americano, enunció su célebre doctrina de que cualquier posterior agresión de los países de Europa o extensión de su poder sobre el Continente Americano sería considerada como un "acto hostil."[1]

Las naciones americanas han disfrutado de los beneficios de esta doctrina, pero desgraciadamente no en toda su extensión.

Es verdad que la Doctrina de Monroe ha sido aceptada por casi todos los países como parte de la política nacional de los Estados Unidos, y que puede ser considerada como principio de Derecho Internacional; pero también es verdad que las naciones sudamericanas han sido objeto de otra clase de conquista, que se ha creído no queda comprendida en el famoso mensaje que reafirmó la independencia y soberanía de todas las naciones americanas.

Los continuos abusos cometidos por poderes europeos con el pretexto de dar protección a sus súbditos y favorecer sus intereses, hicieron necesaria una enunciación más clara del principio que había sido violado por peligrosas y perjudiciales interpretaciones, o mejor dicho, hicieron necesario un paso más avanzado en la protección de las naciones débiles del Continente Americano.

Los medios violentos empleados por tres poderes europeos (Inglaterra, Alemania e Italia) contra Venezuela por reclamaciones hechas en favor de súbditos de aquellas potencias, alarmaron a las Repúblicas Latinoamericanas, y el Dr. Luis María Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, se dirigió al Sr. García Mérou, Ministro de Argentina en Wáshington, y en su comunicación se hallan las siguientes palabras, conocidas ya con el nombre de la Doctrina de Drago: "Las deudas públicas no pueden dar derecho a la intervención, y mucho menos a la ocupación del suelo de cualquier nación americana por poderes europeos."[2]

Como una consecuencia de lo anterior los Estados Unidos autorizaron a sus representantes en la Conferencia de La Haya de 1907 para que presentaran la proposición que ahora se conoce en Derecho Internacional con el nombre de la Proposición Porter.[3]

En diciembre de 1902, Inglaterra, Alemania e Italia bloquearon los puertos de La Guaira, Carevero, Guanta, Campana y las bocas del Orinoco; secuestraron la flota de Venezuela, y en el curso de las operaciones bombardearon a La Guaira, Puerto Cabello y Maracaibo.[4]

Los principales motivos alegados para tales actos fueron: el haber reducido a prisión y haber dado mal tratamiento a súbditos ingleses; el haber capturado algunos buques de la misma nacionalidad; pérdidas sufridas por ingleses y alemanes durante revoluciones y guerras civiles; reclamaciones de acreedores cuyos créditos habían sido garantizados por el Gobierno de Venezuela.[5]

No se trata aquí de hacer una relación completa de la historia de estas reclamaciones; únicamente se intenta hacer una mención de los principales hechos que determinaron la conducta de los Estados Unidos al dar instrucciones a sus representantes en La Haya para que presentaran la proposición arriba mencionada.

Según esta proposición, tal como fué aceptada por casi todos los poderes representados en la Conferencia de La Haya en 1907 (con pocas reservas) las

[1] Drago, State Loans in their Relations to International Policy, American Journal of International Law, Vol. I, p. 714.

[2] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 184; Hershey, The Calvo and Drago Doctrines, American Journal of International Law, Vol. I, p. 28.

[3] Scott, Texts of The Peace Conference at The Hague 1899 and 1907, pp. 194. 1915; Deuxième Conférence Internationale de la Paix, Tome II, annexe 48, p. 916, annexe 71, p. 1018.

[4] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 185.

[5] Higgins, The Calvo and Drago Doctrines, American Journal of International Law, Vol. I, p. 31.

naciones que le prestaron su asentimiento se comprometieron a no emplear la fuerza armada para el cobro de las deudas provenientes de contratos, reclamadas por el gobierno de una nación al gobierno de otra en favor de sus nacionales, sino únicamente cuando el estado deudor no acepte la oferta de arbitramento, o haga imposible el arreglo del *compromiso* (compromis), o no se someta a la sentencia.[1]

El significado de las palabras "dettes contractuelles" ha sido profusamente discutido a causa de la mayor o menor amplitud que a éstas puede darse. Las reservas que algunas naciones hicieron con relación a la mencionada proposición fueron ocasionadas por la falta de protección que ella encierra en los términos en que fué aceptada.

Se han comparado las doctrinas de Calvo y de Drago, y se ha llegado a la conclusión de que la primera es más amplia que la segunda, porque Calvo no admite la responsabilidad de una nación por los perjuicios que sufran súbditos extranjeros en tiempos anormales, en tiempos de revueltas internas y de guerras civiles, sino en caso de que el Gobierno de esa misma nación o sus agentes resulten responsables. Como consecuencia, no admite él que esa nación deba indemnizar por tales perjuicios. Aún más: él va más adelante porque no admite la intervención diplomática.[2]

Mr. Edwin M. Borchard ha demostrado que la circular que Lord Palmerston, Secretario de Estado para las Relaciones Exteriores, dirigió en 1848 a los representantes de Inglaterra en países extranjeros, ha sido erróneamente interpretada, porque se la ha tomado como fundamento para la creencia de que Inglaterra no interviene en las reclamaciones que tengan por origen un contrato.[3]

Pero es claro que la explicación hecha por Lord Derby confirma esta creencia, y de manera evidente establece el hecho de que no hay razón que lógicamente justifique la expectativa de que el gobierno inglés haya de intervenir por medio de la fuerza para hacer efectivo el pago de deudas en caso de no cumplimiento.

El caso es como sigue: el 5 de noviembre de 1876, Lord Derby recibió una diputación enviada por acreedores del Imperio Otomano, y él les dijo que la invariable regla de conducta del Gobierno inglés era la de dar ayuda moral pero no oficial en los casos que el Gobierno creyera que esa ayuda podría ser de alguna utilidad; pero también evitar el hacer reclamaciones oficiales. Dijo más: que los opositores a esta teoría nunca han encontrado un argumento que justifique la creencia contraria. Lord Derby hizo presente que el principio que acababa de enunciar era un principio justo.[4]

El principio que niega la intervención por medio de la fuerza en los casos que se estudian, ha sido considerado como necesario y justo desde hace mucho tiempo, y el hecho de que las mismas naciones que lo han proclamado hayan obrado en abierta oposición a él, no significa que sea inútil o injusto, porque muchos otros principios de Derecho Internacional han sido violados por las mismas naciones que en circunstancias distintas han apelado a ellos. Estas violaciones significan únicamente que el derecho y la justicia no son aún la regla suprema que guía las acciones humanas.

---

[1] Scott, Texts of The Peace Conferences at The Hague 1899 and 1907, pp. 194, 195; Higgins, The Hague Peace Conferences, pp. 180, 181.

[2] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 186; Borchard, International Contractual Claims and their Settlement, Judicial Settlement of International Disputes, No. 13, p. 51.

[3] Borchard, International Contractual Claims and their Settlement, Judicial Settlement of International Disputes, No. 13, p. 51.

[4] Holland, Studies of International Law, p. 160.

Colombia ha sido víctima más de una vez de especuladores sin conciencia cuyos gobiernos han favorecido y han respaldado con acorazados reclamaciones exageradas. Por esta razón su representante en La Haya declaró que "ella no acepta en ningún caso el empleo de la fuerza para el cobro de deudas, sea cual fuere su clase; que ella acepta únicamente el arbitramento después de la decisión final de los tribunales de las naciones deudoras."[1]

Al proclamar este principio, Colombia no ha hecho otra cosa que ser consecuente con sus ideales de justicia.

El arbitramento fué iniciado en el Continente Americano por Bolívar, Libertador de cinco repúblicas. En 1815 él ya había tratado de establecer un augusto congreso de repúblicas, reinos e imperios para tratar en él de los intereses de la paz. Más tarde invitó al Presidente de los Estados Unidos a que proclamara de manera solemne la Doctrina Monroe y a que estudiaran el modo de suprimir el comercio de esclavos. Él convocó el Congresso que se reunió en Panamá en 1826, que fué el primer paso dado hacia el arbitramento.[2]

Higgins establece que las obligaciones pueden provenir de dos fuentes principales: contratos y delitos. Entre los primeros clasifica el préstamo de dinero, la compra de buques de guerra y armamentos, la concesión de arrendamientos y franquicias, y en general todas aquellas transacciones que en virtud del derecho privado caen bajo la denominación de contratos.

Las ofensas recibidas por ciudadanos extranjeros en sus personas o propiedades a causa de la falta de protección del estado en cuyo territorio residen, las clasifica bajo la denominación de obligaciones provenientes de delitos.[3]

Mr. Borchard clasifica las reclamaciones por contratos de la siguiente manera: las provenientes de contratos entre súbditos de estados distintos; las que tienen su origen en contratos entre ciudadanos de un estado con gobiernos extranjeros, y, finalmente, las que tienen por fundamento bonos no pagados, emitidos por un gobierno y que se hallan en poder de súbditos de otras naciones.[4]

En principio, Hall no reconoce diferencia entre los perjuicios causados por la falta de cumplimiento de un contrato monetario y aquéllos de que el estado es inmediatamente responsable. Pero Westlake (citado por Borchard) sí opina que son diferentes.[5]

Los contratos celebrados entre individuos de diversas nacionalidades deben ser decididos por las cortes del estado que adquiere jurisdicción sobre ellos, por los términos del contrato de acuerdo con el querer de las partes contratantes (en cuanto lo permitan las leyes nacionales), o, si no se estipula expresamente, su decisión corresponderá a los tribunales del país a que pertenece el deudor, que es la regla general de derecho.

El extranjero debe tener las mismas garantías de que gozan los nacionales, y no más, porque no hay causa que justifique una diferencia en favor de los extranjeros, que deben conocer las condiciones en que se encuentran al tiempo de contratar.

No debe, pues, permitirse la intervención del gobierno de la nación a que pertenece el extranjero que reclama perjuicios sufridos.

---

[1] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 191.

[2] Álvarez, Le Droit International Américain, pp. 46, 47; Deuxième Conférence Internationale de la Paix, Tome II; Première Commission, p. 140, adresse de José Gil Fortoul.

[3] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 194.

[4] Borchard, International Contractual Claims and their Settlement, Judicial Settlement of International Disputes, No. 18, p. 4.

[5] Hall, International Law (6th ed.), pp. 275, 276, quoted by Borchard.

Si se consideran las reclamaciones provenientes de contratos celebrados entre un gobierno y ciudadanos de otro estado, debe tenerse en cuenta que ese gobierno, al entrar en contratos de tal clase, renuncia sus prerrogativas para ser considerado como una simple persona jurídica capaz de ser citada ante las cortes, y en muchas ocasiones, en muchos casos, sin necesidad de consentimiento previo, como sucede con casi todas las naciones sudamericanas.

Si el gobierno se coloca en este pie de igualdad, no hay por qué establecer grandes diferencias entre las reclamaciones originadas por estos contratos y aquéllas motivadas por contratos celebrados entre súbditos de diferentes estados, ni será el caso de admitir la intervención, porque no hay causa justificativa.

Por consiguiente, lo único que debe reclamarse es que cuando un gobierno contrata con ciudadanos de otros países, debe renunciar a todas las prerrogativas y ponerse en condición de poder ser citado ante los tribunales. Esto es lo que casi todas las naciones hacen actualmente, aun los Estados Unidos de Norte América, que anteriormente no permitían el ser citados ante los jueces.[1]

Se argumenta que el poder judicial de algunos países es tan depravado, que se administra la justicia tan lentamente, o que los jueces son tan ignorantes, que es un absurdo el pretender obligar a ciudadanos extranjeros a que sometan sus reclamaciones a los tribunales nacionales. Pero a esto puede responderse que tales ciudadanos extranjeros contrataron bajo esas circunstancias (suponiendo que situación tan caótica pueda existir), y que probablemente ellos contrataron teniendo en mira las enormes ventajas y ganancias que tal estado de cosas podría ofrecerles, y porque ellos tuvieron en cuenta todos esos riesgos y desventajas para obtener mejores condiciones en sus contratos.

También debe tenerse en cuenta que si se admite la intervención del gobierno del estado a que pertenece el reclamante, toca a este gobierno decidir, por sí y ante sí, que ha habido denegación de justicia, que las cortes de tal o cual estado son buenas, están bien organizadas y servidas, que ofrecen garantía, o que son malas, que los jueces son corrompidos e ignorantes, que son una amenaza, etc. Entonces resultará que el poder judicial de cada estado será calificado según el cariz que presenten las reclamaciones; y aun puede acontecer que se obligue a las cortes de estados débiles a decidir los casos de esta naturaleza que se les presenten de acuerdo con las pretensiones de los reclamantes, sin tener en cuenta la injusticia que pueda cometerse con decisiones de tal suerte, porque si se sentencia en contrario su actitud puede ser considerada por el gobierno que interviene en favor de sus ciudadanos como una denegación de justicia.

John Quincy Adams, Marcy, Fish, Seward, Bayard, Lewis Cass y casi todos los distinguidos ciudadanos que han ocupado la Secretaría de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, se han mostrado opuestos a la intervención de su país en favor de los ciudadanos americanos que han sufrido perjuicios provenientes de contratos celebrados con gobiernos extranjeros. Ellos todos han considerado que la decisión de esos casos debe dejarse a los tribunales del estado contra el cual se reclama, porque esto es lo que más de acuerdo está con los sanos principios del derecho.[2]

Si se consideran las reclamaciones fundadas en los bonos que no han sido pagados y que se hallan en poder de extranjeros (las cuales, según Borchard,

---

[1] Borchard, International Contractual Claims and their Settlement, Judicial Settlement of International Disputes, No. 13, pp. 8, 9; Drago, State Loans in Their Relation to International Policy, American Journal of International Law, Vol. I, p. 695; también las notas en la página 9 de Borchard, ibid.

[2] Idem, pp. 11–21; Higgins, The Calvo and Drago Doctrines, American Journal of International Law, Vol. I, p. 39.

son distintas de las emanadas de contratos para la ejecución de obras o para la concesión de privilegios), y que son conocidas bajo la denominación general de deudas públicas, se puede decir, como acertadamente lo afirma el Dr. Drago, que esos bonos no pueden dar lugar a acciones judiciales porque ellos hacen parte del sistema monetario lo mismo que si se tratara del papel moneda, y si desde el punto de vista judicial las deudas representadas por dichos bonos no pueden dar lugar a coacción internacional, no hay excusa posible para la conducta de las naciones europeas que pretenden favorecer tales reclamaciones por medio de la fuerza.[1] Cosa muy importante es el tener presente lo que el mismo Dr. Drago apunta en relación con las deudas públicas, esto es, que puede ocurrir que cuando una nación trate de ocupar las aduanas de un país deudor, o de bloquear sus puertos o de bombardear sus ciudades, los bonos que estaban en poder de los ciudadanos en cuyo favor interviene se hallen ya en poder de ciudadanos de otro estado, y quizás en el de ciudadanos del estado contra el cual se hacen las reclamaciones.[2]

Las deudas representadas por bonos son originadas por un acto legislativo, y es bien sabido que todos los actos con ellas relacionados son la expresión de la soberanía de un estado, cuyas obligaciones, según afirman algunos escritores, no son propiamente obligaciones legales sino meramente morales. El menoscabo del crédito interno o externo es en este caso la consecuencia forzosa del abuso de un gobierno en las emisiones de una u otra clase.

Muchos ejemplos pueden citarse de deudas públicas repudiadas por naciones poderosas, y entre éstas pueden ser citados las Estados Unidos de América. Las personas o corporaciones que contratan empréstitos con gobiernos extranjeros deben conocer esta situación, y es lógico y justo que en estos casos los extranjeros corran las mismas contingencias a que están expuestos los nacionales.

Por ejemplo ¿los Estados Unidos respaldarían con su marina y con su ejército las reclamaciones que hicieran sus ciudadanos por pérdidas que sufrieran porque en el estado de anarquía y desorganización en que se encuentra México se aventuraran a hacer empréstitos al gobierno de este país? Claro es que nó. Lo mismo debe observarse cuando se trata de empréstitos hechos con pleno conocimiento de los naturales riesgos a que está expuesto un país.

Rusia suspendió el pago de los intereses de su deuda extranjera; Portugal desconoció un empréstito extranjero, y lo mismo puede hacer cualquiera otra nación poderosa, y sin embargo la fuerza armada no irá en estos casos a defender los intereses de ciudadanos o corporaciones extranjeras. En su ayuda vendrán los buenos oficios, la mediación amigable; pero si se trata de una nación débil ella sufrirá no sólo las depredaciones de sus acreedores, sino también la destrucción de sus ciudades.

Colombia sufrió las consecuencias de las maquinaciones de especuladores americanos y franceses con las acciones que ella tenía en la Compañía Francesa del Canal de Panamá: sus acciones fueron excluídas deliberadamente del mercado con el objeto de depreciarlas y porque de este modo los especuladores habrían de obtener mayores ganancias. Las pérdidas que sufrió Colombia fueron incalculables, y se abusó de su debilidad en pro de capitales extranjeros y con el fin de cumplir ulteriores iniquidades. Pero si se supone por un momento que esta República hubiera tratado de especular

[1] Borchard, International Contractual Claims and their Settlement, Judicial Settlement of International Disputes, No. 13, p. 31; Drago, State Loans in Their Relation to International Policy, American Journal of International Law, Vol. I, p. 725.

[2] Drago, State Loans in their Relation to International Policy, American Journal of International Law, Vol. I, p. 702.

no en tan grande escala sino de un modo insignificante, entonces marinas y ejércitos extranjeros habrían ocupado sus aduanas, bloqueado sus puertos y, bombardeado sus ciudades. Por estas razones Colombia sólo admite el arbitramento como último recurso.

Si se consideran las reclamaciones fundadas en hechos constitutivos de delito, pueden considerarse divididas en ofensas contra las personas y ofensas contra la propiedad; ofensas cometidas por agentes del gobierno, bajo su responsabilidad, y aquéllas que el mismo gobierno no podía evitar.

Parece evidente que cuando el General Porter manifestó que su proposición no se refería a los perjuicios recibidos por extranjeros residentes, sino únicamente a las basadas en contratos celebrados entre ciudadanos de un estado y un gobierno extranjero, él tenía presente lo que el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Mr. Seward escribió, en 1866, al Ministro americano en Colombia. Según ésto Mr. Seward no concedía el derecho de protección a los ciudadanos americanos que iban a las repúblicas de la América del Sur en busca de grandes utilidades y especulaciones estando ciertos de todos los riesgos reales (en la mayor parte de las veces ficticios) que pueden existir en esas regiones.[1]

Está fuera de toda duda que el día en que los aventureros de naciones poderosas estén convencidos de que sus respectivos gobiernos no habrán de sostener sus reclamaciones, sino que ellos deberán someterlas a los tribunales del país contra el cual va dirigida la reclamación y al que han ido en busca de ocasión para obtener fabulosas ganancias, cesarán las revoluciones en los países débiles. Es muy fácil comprender que sin la ayuda de capitales extranjeros, y de extraños simpatizadores, las revoluciones son imposibles en países pobres.

Este es el caso; una casa productora de cañones, fusiles, y elementos de guerra ofrece a un partido político sus productos a precios módicos, en buenas condiciones, aún más: le ofrece ayuda moral, y la misma casa u otra con ella relacionada hace la misma oferta al gobierno contra el cual debe hacerse la revolución; y si esta especulación no da las enormes utilidades que esas casas buscaban, se instaura una reclamación contra la nación escogida por víctima, y ésto porque estaban ciertos de que la marina y el ejército de su país habrían de venir en su ayuda para hacerles pagar las pérdidas reales, supuestas o exageradas.

Y lo mismo sucede cuando una compañía ferroviaria, o petrolera o de cualquiera otra clase favorece una revolución, y después viene el reclamo porque fallaron los cálculos leoninos de tales compañías. Aun más: muchas veces miles de extranjeros (dígase ingleses, italianos, alemanes u otros) han prosperado en sus negocios durante la época revolucionaria de un país débil; pero porque un inglés, un italiano, un alemán, etc., no ha logrado hacer las mismas utilidades, o por que recibe insignificantes perjuicios, se espera de la nación a que éste pertenece que envíe sus buques de guerra contra la nación hospitalaria, que ocupe sus aduanas, que bloquee sus puertos, que destruya sus ciudades. Y en muchos casos esto ocurre para favorecer a un súbdito que ha abusado de su carácter de extranjero para inmiscuirse en una revolución, a un súbdito que llegó sin capital al país contra el cual dirige sus reclamaciones y que aseguró su fortuna en ese país contra el cual invoca la protección de la marina de su potente nación. Y para proteger a un aventurero, y para rescatar sumas pequeñas, o para resarcir exageradas pérdidas, los intereses de otras naciones, la soberanía de un estado débil, el comercio universal se ponen en peligro.

Si las naciones poderosas desean fundar la paz universal, si quieren suprimir las revoluciones en países pequeños, no deberían proteger las reclamaciones de

[1] Higgins, The Hague Peace Conferences, p. 194; Drago, State Loans in their Relation to International Policy, American Journal of International Law, Vol. I, p. 697.

sus súbditos que voluntariamente y en busca de campos para sus especulaciones, se aventuran a ir a países en donde los riesgos son inminentes. Entonces los grandes especuladores ni promoverían ni favorecerían las revoluciones, porque estarían convencidos de que la infortunada condición de un país a la larga habría de eliminar las oportunidades de hacer una fortuna en un día.

¿Cuántas veces el arbitramento ha sido solicitado por naciones débiles y las fuertes no lo han aceptado? ¿Cuántas veces una república sudamericana ha pedido el arbitramento porque ha sido tratada injustamente, porque se le ha cercenado su territorio y se han menoscabado sus intereses? Y sin embargo sus reclamaciones no han sido atendidas y se ha negado el arbitramento solicitado, y ésto porque aquella República no podía aducir el supremo argumento: el que se hace por medio de las bocas de los cañones.

Es enteramente superfluo decir que si las reclamaciones tienen por base perjuicios sufridos por ofensas que no se perpetraron bajo la responsabilidad del gobierno o en circunstancias que éste no podía prevenir, no hay razón para sostener dichas reclamaciones haciendo uso de acorazados y cañones.

Si las ofensas han sido hechas por agentes del gobierno, las reclamaciones que ellas originen deben ser sometidas a los tribunales del estado en que se causaron, porque esos tribunales están en capacidad de apreciar mejor los hechos, de recoger las pruebas necesarias y de poder descubrir si el reclamante tomó o no parte en la revolución, motín u otro hecho análogo en que tales ofensas y consecuentes perjuicios se causaron.

Es necesario tener presente que cuando uno de esos reclamantes va a una nación con esperanzas de lucro debe llevar el convencimiento de que el especular en las riquezas de esa nación lleva consigo los riesgos inherentes; y que si se mezcla en la política interna de tal país, debe también sufrir las consecuencias de sus actos.

Forzoso es concluir que el arbitramento puede ser adoptado como el último recurso para las reclamaciones provenientes de contratos de cualquiera naturaleza; para las que tengan por fundamento ofensas contra las personas o contra la propiedad, ya sean estas ofensas cometidas por agentes del gobierno, ya y, con mayor razón, por personas cuyos actos no pueden ser controlados por el gobierno.

Por estas razones Colombia hizo bien en proclamar y hará bien en sostener que ella "no acepta en ningún caso el empleo de la fuerza para el cobro de deudas, sea cual fuere su clase;" que ella "acepta únicamente el arbitramento después de la decisión final de los tribunales de las naciones deudoras."[1]

DU DROIT À LA SÉCURITÉ DE LA NAVIGATION EN HAUTE MER POUR TOUS LES CITOYENS DES PAYS AMÉRICAINS.

Par ALEJANDRO CÉSAR,

Granada, Nicaragua.

La crise européenne, née soudainement, en août 1914, de circonstances imprévues, et dont la fin dépasse toutes les prévisions, n'a pas manqué de soulever à nouveau les plus graves problèmes qu'ait à résoudre le droit inter-

[1] Otros autores que han sido consultados para este trabajo: Hill, Association for International Conciliation; Choate, The Two Hague Conferences; Coolidge, The United States as a World Power; Bry, Précis de Droit International; Holls, The Peace Conferences at The Hague; Hull, The Hague Conferences and their Contribution to International Law; Whittuck, International Documents; Vivo, La Doctrina Drago; Mountin, La Doctrine de Drago; Barclay, Problems in International Law and Diplomacy; y Moore, International Digest.

national maritime. On peut affirmer, sans crainte de se tromper, qu'elle a, du même coup, remis en question tous les principes qui régissent le droit de la guerre sur terre ou sur mer. La discussion a pris, depuis le début des hostilités, une ampleur proportionnée à la gravité des faits accomplis soit en violation du droit des gens, soit en violation des règles posées par le droit international public et par les conventions internationales signées par les belligérants et les neutres.

L'émoi s'est répandu dans le monde entier, comme une traînée de poudre: hommes d'Etat, diplomates, jurisconsultes, financiers, industriels, commerçants, producteurs, à quelque nation qu'ils appartiennent, suivent avec anxiété la marche des événements et considèrent d'un œil inquiet les effets néfastes de l'emploi souvent abusif des nouvelles méthodes de guerre.

Au premier plan des questions de droit international intéressant les belligérants et les neutres, se placent plus spécialement deux, dont, jusqu'à l'heure présente et malgré les efforts des Etats intéressés, la solution n'a pu être trouvée sur le terrain d'application des principes du droit international. Elles sont si étroitement liées, l'une à l'autre qu'on ne peut les séparer.

La première est celle des rapports des belligérants et des neutres en ce qui concerne le commerce international. Elle semble, à priori, n'avoir rien de commun avec la liberté de la navigation en mer pour tous les citoyens des pays américains, qui est le point que nous allons aborder. Mais, comme elle a été la source du conflit maritime qui a surgi en février 1915, il est bon d'y consacrer quelques explications ne fût-ce que pour jeter un peu de lumière sur un point encore obscur de legislation internationale. Depuis des siècles, cette question soulève des polémiques incessantes entre les gouvernements et on est contraint de constater que le droit des gens ne fournit sur cette matière, à part quelques principes vagues et susceptibles d'interprétations différentes, aucune règle juridique positive définie par les conventions ou par la coutume internationale. Tout y est sujet à controverse et, en dépit des efforts des diplomates et des juristes, il n'a pas été possible de trouver une conciliation entre les diverses conceptions juridiques en honneur dans tel ou tel Etat.

La déclaration de Paris, de 1856, a posé il est vrai, le principe que le pavillon neutre couvre la marchandise, mais elle est muette sur tous les autres problèmes du droit international maritime en temps de guerre. La réglementation de la contrebande de guerre et du blocus font encore l'objet de vives controverses et c'est en vain qu'en 1907 la seconde Conférence de La Haye a tenté de résoudre ces questions: elle s'est heurtée à l'opposition de vues irréductible des gouvernements.

De même, les solutions transactionnelles, élaborées par la Conference de Londres de 1909, sont loin d'avoir été agréées par les nations maritimes. D'ailleurs, même si la Déclaration de Londres de 1909 avait été ratifiée par les puissances, il n'est pas sûr que, dans une conflagration aussi générale que la guerre actuelle, ses dispositions eussent été respectées et que certains Etats n'eussent pas renié leurs engagements, pour satisfaire leurs désirs, réaliser leurs ambitions ou ne pas renoncer à des moyens de guerre jugés indispensables pour eux en raison des circonstances.

La réflexion est exacte et c'est bien l'opposition d'intérêts qui, en cette matière, a fait obstacle à l'adoption de règles juridiques internationales qui s'imposent aux Etats.

Par intérêt, les belligérants éprouvent une tendance à donner à la notion juridique de la contrebande de guerre la plus grande extension possible, dans le but de priver l'adversaire de tout ce qui peut lui être utile pour continuer la lutte. Par intérêt aussi, le belligérant qui croit à sa suprématie sur mer a une

tendance à se montrer plus intransigeant vis-à-vis des neutres, en dressant à sa guise la liste des objets qu'il juge nécessaire de déclarer contrebande de guerre, en saisissant, sur un simple soupçon, des marchandises qu'il croit destinées à l'ennemi, et en appliquant rigoureusement la théorie du voyage continu.

La guerre de 1914–15 offre un saisissant exemple des tendances auxquelles nous faisons allusion. Il suffit de se reporter aux documents officiels franco-anglais pour se rendre compte que, dans le but non contesté de provoquer l'isolement économique de l'Allemagne, les gouvernements de Paris et de Londres ont, d'un commun accord, dressé des listes d'objets de contrebande absolue ou relative, en y ajoutant, à des intervalles séparés, des objets que les nécessités du moment leur a suggéré d'y joindre.[1]

Les restrictions croissantes au droit des neutres de commercer avec des neutres n'ont pas manqué de provoquer une protestation de la part des Etats-Unis. Le 28 décembre 1914, l'ambassadeur des Etats-Unis remettait à sir Edward Grey une note écrite, dans laquelle le gouvernement s'élevait contre les agissements des croiseurs britanniques tout en exposant une série d'objections contre les doctrines juridiques pratiquées par le cabinet de Saint-James dans la présente guerre.

En réponse, dès les premiers jours du mois de janvier 1915, le cabinet anglais, dans des termes très amicaux et avec un esprit de conciliation approuvé par toute la presse anglaise, réfutait la gravité du préjudice allégué par le gouvernement de Washington. Il affirmait, au demeurant, que l'intention de la Grande-Bretagne n'avait jamais été d'intervenir dans le commerce régulier des Etats-Unis, mais uniquement de se défendre contre le trafic de la contrebande de guerre à destination des pays ennemis.

La note anglaise a laissé dans l'ombre toute discussion juridique sur la notion de la contrebande de guerre, sur la légitimité de la saisie des objets de contrebande, et sur la théorie du voyage continu. Elle se confine dans les faits, invoque les circonstances exceptionnelles de la guerre actuelle et revendique la faculté de faire conduire tout navire suspect dans un port anglais, à fin de visite et, au besoin, de saisie. Consciente de la suprématie des mers qui appartient indéniablement aux alliés, l'Angleterre refuse, sur cette question de principe, de se lier par des engagements positifs, tout en promettant que sa marine usera de circonspection et que, le cas échéant, les dommages injustement causés aux Etats-Unis seraient compensés par le paiement d'une indemnité.

En somme, l'échange des notes entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, n'a pas fait faire un pas à la solution de cette importante question de la contrebande de guerre et du voyage continu: elle manquait de précision avant l'ouverture des hostilités et l'attitude des belligérants démontre que l'intérêt des combattants donne aux principes qu'ils prétendent adopter une élasticité qui augmente avec les nécessités de la guerre.

Il appartient à l'avenir seul, 'lorsque les combattants auront mis bas les armes et que le calme aura succédé à la tempête formidable, qui s'est déchaînée sur l'Europe entière et au-delà, de rechercher la solution de cet angoissant problème et de fixer, si possible, une réglementation qui s'impose à tous les Etats. L'unité de vues sur cette première question n'est pas impossible à réaliser, malgré le doute qui peut naître à la lecture des comptes-rendus des séances de la Conférence de La Haye de 1907, où les représentants des Etats

---

[1] Ordre en Conseil de la Couronne, 20 août 1914, 21 septembre 1914, 29 octobre 1914, 2 janvier 1915, 12 mars 1915, London Gazette, 22 août 1915, 21 septembre 1914, 29 octobre 1914, 2 janvier et 12 mars 1915. Journal officiel de la République Française, 26 août, 3 octobre, 7 novembre 1914, et 2 et 3 janvier et 12 mars 1915.

n'ont pu se mettre d'accord pour trouver et promulguer un principe juridique indélébile fixant les droits des belligérants et des neutres, en matière de commerce maritime international.

Quoiqu'il en soit, cette première question, que nous n'avons fait qu'exposer, sans la discuter, uniquement dans le but de montrer les difficultés pratiques et théoriques qu'elle soulève, reste, en l'état actuel de la guerre, posée comme aux premiers jours. Bien qu'elle touche aux intérêts matériels des Américains, et qu'à ce titre elle mérite toute l'attention du gouvernement, elle s'éclipse devant une autre question, plus grave, plus vitale, qui a trait à la nécessité de la protection de la vie des Américains que les circonstances appellent á traverser l'Océan. C'est sur elle que doit être attirée l'attention du Congrès qui ne saurait rester indifférent à la violation la plus flagrante qui se soit jamais produite, des principes essentiels du droit des gens.

Ce n'est pas sans amertume que nous abordons ce sujet qui laissera, dans les annales du 20e siècle, une page sombre à l'actif d'une nation qui n'a cessé, avant et depuis l'ouverture des hostilités, de faire état de son haut degré de culture. Il s'agit de l'emploi prémédité de torpilles contre des navires neutres, sans égard pour la nationalité des passagers et en violation de toutes les lois, conventions et coutumes reconnues par les nations civilisées.

Le sang-froid et la brutalité employés dans l'exécution d'un plan préconçu ont frappé de stupeur toutes les nations neutres indistinctement. C'est que l'horreur du torpillage employé à l'encontre de gens inoffensifs paralyse la raison et froisse, au-delà de toute compréhension, les sentiments humains les moins éveillés.

"L'exécution sommaire," a dit M. le professeur Renault, dans la séance tenue le 26 octobre 1914, à l'Institut de France, "par un belligérant, d'un habitant inoffensif nous émeut plus que la mort de centaines de soldats dans un engagement régulier. Cela fait honneur à l'humanité."

On éprouve le même sentiment, à la lecture du torpillage du *Falaba*, de la *Lusitania*, de l'*Ancona* et d'autres navires, et l'on se demande à quel mobile un belligérant peut obéir, lorsque, équitablement, le seul but légitime que les Etats doivent se proposer pendant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi, aussi bien sur terre que sur mer.

L'acte est d'autant plus blâmable qu'il émane, ainsi qu'il sera démontré plus loin, d'un Etat qui a apposé sa signature au bas des Conventions qui ont réglementé les procédés de guerre: il confine à l'assassinat et ne peut laisser indifférents les Etats neutres, lorsque, surtout, usant régulièrement de leurs droits, leurs nationaux sont tombés victimes d'agissements contraires aux données fondamentales du droit des gens.

Tel est bien le cas de l'Amirauté allemande dont les explications ne parviendront jamais à dégager la responsabilité devant le tribunal des nations civilisées. Ces explications, il est cependant nécessaire de les traduire avec impartialité, sauf à y répondre. Aussi est-il opportun de présenter les circonstances qui ont amené une nation civilisée à user de moyens illicites et inhumains. Les faits dans leur simplicité, ont parfois plus d'éloquence que tout commentaire qui les accompagne: leur exposé, dénué d'artifices, suffit, la plupart du temps, à les faire approuver ou condamner par la conscience publique. Mais nous ne nous contenterons pas d'une narration et nous nous proposons de discuter, en droit, les actes de barbarie commis par les sous-marins allemands, en suivant le gouvernement allemand sur le terrain où il lui a plu de conduire les neutres.

Il est de toute évidence que les incidents regrettables qui se sont déroulés sur mer, depuis le début des hostilités, sont dûs à l'usage des nouveaux engins de guerre. L'entrée en ligne des sous-marins a bouleversé les méthodes de la

guerre maritime et leur emploi s'oppose à l'application du blocus maritime, tel que le concevaient les anciennes méthodes.

De plus, l'usage des mines sous-marines fait courir à la navigation neutre des dangers incessants. Non pas qu'il faille en condamner l'emploi; en Amérique, lors de la guerre civile, on les a utilisées pour défendre les ports et détruire les navires qui assuraient le blocus, mais encore n'en a-t-on fait usage que dans les eaux territoriales, ce qui constitue un droit pour l'Etat de se protéger.

De même, au cours de la guerre entre le Chili et le Pérou, en 1880, le Chili a eu recours à ce procédé de défense; il ne s'en est même pas contenté et a semé à l'aventure des bateaux chargés d'explosifs dans le but de heurter et faire sauter les navires bloquants. Ce procédé, contraire au droit de la guerre, a soulevé les protestations du Secrétaire d'Etat, lord Everts, qui déclarait que des engins de guerre aussi dangereux pour les neutres devaient être employés avec mesure, non seulement au profit du Pérou, mais "dans l'intérêt d'une guerre sage et chevaleresque qui doit toujours accorder aux puissances neutres les plus grands égards possibles." Cette remarque, disons-le, est loin d'avoir perdu sa valeur dans les circonstances actuelles.

A une époque plus rapprochée de nous, pendant la guerre russo-japonaise, les mines flottantes, semées à profusion, ont causé des dégâts considérables à tous les navires qui naviguaient au loin du champ des opérations des flottes belligérantes, si bien que le gouvernement chinois s'est plaint des pertes subies de ce chef par ses nationaux.

Cet état de choses ne pouvait laisser indifférents les représentants des puissances à la Conférence de La Haye dont les travaux ont abouti à la Convention No. 8, du 18 octobre 1907. Elle interdit d'abord de faire usage de torpilles qui ne deviennent pas inoffensives lorsqu'elles auront manqué leur but. (Art. 1.)

Elle interdit ensuite de placer des mines automatiques de contact non amarrées, à moins qu'elles ne soient construites de manière à devenir inoffensives une heure au maximum après que le belligérent qui les a placées en aura perdu le contact. Elle interdit encore de placer des mines automatiques de contact amarrées, qui ne deviennent pas inoffensives dès qu'elles auront rompu leurs amarres, et de placer des mines automatiques de contact devant les côtes et ports de l'adversaire dans le seul but d'intercepter la navigation de commerce. Enfin, et dans l'intérêt de la sécurité de la navigation pacifique, les belligérants s'engagent à pourvoir, dans la limite du possible, à ce que les mines automatiques de contact amarrées deviennent inoffensives après un laps de temps limité, et, dans le cas où elles cesseraient d'être surveillées, à signaler les régions dangereuses par un avis à la navigation, qui doit être communiqué aux gouvernements par la voie diplomatique.

La convention de 1907, signée pour 7 ans, et entrée en vigueur le 27 novembre 1909—date du dépôt des ratifications par les puissances—ne doit recevoir son application qu'au cas où tous les belligérants sont parties à la Convention, ce qui n'est pas le cas dans la guerre actuelle.

Elle a néanmoins posé une série de principes de droit international public qui doivent servir de règle aux belligérants. Elle avait, cependant, le défaut de n'être pas complète, et, ainsi que l'a fait remarquer le délégué anglais Sir Ernest Satow, elle ne limite pas le droit de poser des mines amarrées qui peuvent être placées en haute mer, au danger des neutres.

Cette lacune est aujourd'hui comblée et le Manuel des Lois de la guerre maritime, rédigé, à l'instigation de la Conférence de La Haye, au rapport de M. Paul Fauchille, et adopté dans la session tenue à Oxford par l'Institut de

Droit international, en 1913, contient un article 20, interdisant de placer en pleine mer des mines automatiques de contact amarrées ou non.

La paix sera signée lorsque la Conférence de La Haye sera appelée à consacrer le nouveau texte; les actes de barbarie qui se sont accomplis seront acquis, il est vrai, mais les belligérants seraient mal venus, dès à présent, à se croire autorisés à violer les règles les plus élémentaires du droit des gens. Ce serait une aberration de prétendre qu'un acte est présumé légitime parce qu'il n'est pas prévu par un texte formel, et il n'est pas douteux que, dans l'esprit de tous les représentants des puissances, le recours à l'emploi de procédés aussi barbares était impossible de la part des belligérants. Le représentant de l'Allemagne, lui-même, le baron von Bieberstein proclamait bien haut, en 1907, que " les officiers de la marine allemande rempliront toujours de la façon la plus stricte les devoirs qui dérivent du droit non écrit de l'humanité et de la civilisation." La conduite des opérations devait donner à cette noble déclaration le démenti le plus criant!

Comment l'Allemagne en est-elle arrivée à fouler aux pieds les règles les plus humaines de la guerre maritime et à s'attaquer, sans distinction, aux navires neutres ou belligérants, en contrevenant une fois de plus au principe admis que tous les navires autres que ceux de la marine de guerre, ne peuvent être torpillés ou détruits sans avertissement? Tout le monde se plait à reconnaitre l'obligation pour le bâtiment de guerre du belligérant de sommer les navires neutres ou les navires non équipés de l'adversaire de s'arrêter pour procéder, à leur bord, à une visite ou à des recherches. Pour inviter ces derniers à s'arrêter, le commandant du navire de guerre doit faire tirer un coup de semonce à blanc et, si cet avis n'est pas suffisant, lancer un projectile dans l'avant du navire. Auparavant et en même temps, le bâtiment de guerre hisse son pavillon au-dessus duquel, en temps de nuit, un fanal doit être placé. Le navire semoncé répond au signal en hissant son propre pavillon et en s'arrêtant aussitôt de façon à faciliter l'examen par l'officier et les hommes qui l'accompagnent, des papiers du bord et aussi la visite qui s'effectue avec le concours du capitaine.

Ces règles si simples, si équitables et incontestées par les Etats civilisés, ont été méconnues par l'Amirauté allemande qui a agi sur des ordres exprès émanés de son gouvernement. A celui-ci seul incombe, en réalité, la responsabilité des actes de vandalisme auxquels se sont livrés les sous-marins.

Le gouvernement allemand a cherché une excuse ou plutôt une explication à ses actes, en les présentant sous l'aspect de légitimes représailles à l'encontre des règlements appliqués par les alliés sur la contrebande de guerre. Nous y avons incidemment fait allusion, au début de ce mémoire, en constatant impartialement que l'application stricte de ces règlements devait aboutir à isoler l'Allemagne du monde extérieur et à la mettre, pour ainsi dire, en état de siège.

C'est alors que, désespéré de se voir jugulé par la marine des alliés et poussé instinctivement par les sentiments de haine qu'il nourrissait contre l'Angleterre, le gouvernement de Berlin a promulgué des règles monstrueuses destinées à être mises en application aussi bien aux navires neutres qu'à ceux de l'ennemi.

Dans une première phase qui va du mois d'octobre 1914 jusqu'au mois de février 1915, les machinations ourdies par le gouvernement allemand ne visaient que les navires ennemis. Les représailles commencèrent par le torpillage, sans avis préalable, de navires de commerce chargés de passagers inoffensifs. La première victime avait été l'Amiral-Ganteaume transportant, de Calais à La Palice, 2,500 réfugiés de la région du Nord de la France. Torpillé, le 26 octobre

1914, à la hauteur du cap Gris-Nez, l'Amiral-Ganteaume coulait peu après et c'est grâce à la proximité de la côte et à l'organisation rapide d'un service de secours que les passagers et l'équipage purent être sauvés. L'enquête prescrite par le ministère de la marine française ne laissait aucun doute sur la cause du sinistre. Le gouvernement de la République Française, dans une note-memorandum accompagnée des rapports officiels sur le torpillage du paquebot, adressée aux représentants des puissances neutres à Paris, s'est élevé avec énergie contre la conception allemande de la guerre maritime, en constatant que "jamais, même aux époques les plus barbares de l'histoire navale, aucune marine n'avait souillé son pavillon d'un crime semblable à celui de la marine impériale allemande, qui n'a pas même pour prétexte le lucre d'un acte de piraterie." Observation d'une justesse indéniable et qui doit rallier les suffrages de toutes les nations civilisées.

Les Anglais, de leur côté, avaient été atteints dans leur flotte de commerce, et, en tous cas, pour prévenir la destruction systématique des navires par les sous-marins allemands, ils prenaient toutes dispositions nécessitées par l'incursion de ces derniers. Ils s'étaient abstenus, s'il faut en croire la déclaration faite, le 17 novembre 1914, à la Chambre des Communes, par Mr. Asquith, de recourir, pendant les deux premiers mois de la guerre, à l'emploi des mines, en dehors des eaux territoriales de la Grande-Bretagne. Aussi, dès le 3 novembre 1914, annonçait-elle qu'à dater du surlendemain, 5 novembre, la mer du Nord tout entière serait considérée comme zône militaire. Elle prévenait les neutres des dangers qu'offrait la navigation dans ces parages où étaient semées des mines et leur indiquait une route à travers la Manche où ils navigueraient sans risques.

La mesure avait été prise par l'Amirauté pour se défendre contre les incursions des sous-marins ennemis et aussi en réponse aux agissements de l'Allemagne qui, aux dires de l'Amirauté, avait fait placer, en octobre 1914, par un navire sous pavillon neutre, une série de mines en haute mer, sur la route commerciale d'Amérique à Liverpool par le Nord de l'Irlande, mettant ainsi en danger la vie de tous ceux qui voyageaient en haute mer, amis ou ennemis, femmes ou enfants, civils ou militaires.

L'Amirauté anglaise ne se faisait pas faute d'avouer que cette mesure était exceptionnelle, mais que, appropriée aux conditions nouvelles dans lesquelles cette guerre se fait, elle était commandée par le souci de la sécurité du commerce en haute mer et le maintien du commerce entré les pays neutres, dans les limites du droit international.

Tel est le but que poursuivait le gouvernement de Londres, qui ne se faisait pas illusion sur l'anxiété que cette mesure produirait aux Etats-Unis et dans les autres pays neutres. Il espérait toutefois que la politique suivie dans ces circonstances, imposée par les événements, serait comprise par l'opinion publique des Etats neutres. L'Angleterre ne cherchait pas à étendre son commerce ni à diminuer celui des pays neutres, mais, par représailles, elle s'efforçait d'empêcher les marchandises de parvenir à l'ennemi.

La France suivit cet exemple en édictant des mesures identiques contre les incursions des sous-marins austro-hongrois dans la mer Adriatique. Elle a décrété zône dangereuse, les eaux territoriales de l'Autriche-Hongrie et les canaux situés entre les îles de la côte de Dalmatie, et informé les navires neutres qu'il y avait danger à s'aventurer dans ces parages.

La Russie s'est mise elle-même au diapason de ses alliées, en prenant des dispositions semblables le long des côtes russes.

L'Angleterre ne s'est pas arrêtée à ces mesures de protection. Dans le but d'obliger l'ennemi à observer les formalités ordinaires de la guerre maritime,

en vérifiant les papiers dé bord des vaisseaux rencontrés par eux, comme aussi dans le but de l'empêcher de détruire, sans aucune forme de procès, les navires qui tiennent la haute mer, comme il l'avait fait déjà pour l'Amiral-Gandeaume, l'Amirauté anglaise conseilla aux navires de commerce anglais de hisser un pavillon neutre. Elle enjoignit même à certains transatlantiques d'arborer le pavillon des Etats-Unis à l'approche des côtes anglaises, où ils risquaient la rencontre de sous-marins allemands. C'est à l'abri de ce pavillon que la Lusitania, de la Cunard Line, fit son entrée à Liverpool, le 6 février 1915, ayant à bord 700 passagers dont la majeure partie appartenait à la nationalité américaine.

Le communiqué officiel du Foreign Office justifiait la décision du gouvernement. Outre que le gouvernement britannique n'a jamais considéré comme illégitime l'emploi du drapeau anglais par un navire étranger qui cherche à éviter d'être capturé, la mesure prise n'est pas contraire au droit des gens et est même reconnue par la loi anglaise (Merchant shipping act, 1894, ch. 60). "Comme nous n'avons, en pratique, dit le communiqué, fait aucune objection à ce que les navires marchands étrangers recourent à l'emploi du pavillon marchand britannique, par ruse, pour éviter la capture, nous maintiendrons que, dans le cas contraire, un vaisseau anglais ne se rend coupable d'aucune infraction au droit des gens en arborant un drapeau neutre, s'il le croit opportun. Le belligérant est obligé par les règles du droit des gens, les usages de la guerre et les préceptes de l'humanité, de se rendre compte du caractère d'un vaisseau marchand et de sa cargaison, avant de les capturer. L'Allemagne n'a aucun droit de négliger cette obligation. Et ce n'est rien moins qu'un acte de piraterie que de détruire un vaisseau, un équipage non combattant et une cargaison, comme l'Allemagne a manifesté l'intention de le faire."

On ne peut s'empêcher de reconnaître qu'en droit pur, la thèse du Foreign Office n'est pas créée pour les besoins de la cause et qu'elle est conforme au droit des gens, qui se borne à défendre aux vaisseaux de guerre de faire usage d'un pavillon neutre pour attaquer l'ennemi, sans en interdire l'emploi aux navires de commerce, à titre de ruse et pour échapper à la capture, quitte aux belligérants, du reste, à s'assurer, suivant les formes, de la nationalité du navire.

Nous verrons, dans quelques instants, quelle a été l'attitude du gouvernement de Washington, pressenti sur la légalité du procédé anglais.

En attendant, l'Allemagne pressée davantage par les obstacles que les flottes alliées mettaient à son ravitaillement général, outrée de ce que les neutres n'avaient pas ouvertement pris parti pour elle, alors, qu'au fond, elle aurait dû attribuer la rigueur croissante de ses ennemis, à la violation qu'elle avait commise des règles du droit des gens, l'Allemagne décida de diriger ses attaques contre les neutres mêmes, si les Anglais continuaient à se servir de leurs pavillons pour éviter les torpilles de leurs sous-marins. Elle croyait, par là, intimider les puissances neutres et les amener à empêcher les navires anglais à faire usage de leurs pavillons.

Le 4 février 1915, la Chancellerie de Berlin adressait, à cet effet, aux puissances neutres une note-mémorandum de toute première importance, faisant connaître les nouvelles décisions arrêtées par le gourvernement impérial et s'efforçant de justifier et de légitimer les mesures qu'il a prises contre l'ennemi et aussi contre les neutres coupables de condescendance à l'égard de l'ennemie jurée, l'Angleterre.

Ce document mérite une courte analyse. Il accuse en première ligne, la Grande-Bretagne de mener contre l'Allemagne une guerre commerciale qui est un "défi aux principes du droit international." Il l'accuse d'avoir méconnu

les dispositions essentielles de la Déclaration de Londres sur la guerre maritime, qu'elle avait déclaré devoir lui servir de règlement obligatoire pour ses escadres, en inscrivant sur la liste de contrebande de guerre nombre d'articles que ne sont pas ou qui sont très-indirectement utilisables à des fins militaires. Il l'accuse d'avoir pratiquement aboli la distinction entre la contrebande absolue et la contrebande relative, en confisquant tous les articles de la contrebande relative, sans tenir compte des ports où ces articles doivent être débarqués ni de leur utilisation militaire ou pacifique. Il l'accuse d'avoir violé la Déclaration de Paris, en saisissant sur des navires neutres des marchandises allemandes qui n'étaient pas contrebande de guerre, et la Déclaration de Londres, en capturant sur des navires et en faisant prisonniers des citoyens allemands astreints au service militaire.

Voilà les griefs principaux relevés à la charge de l'Angleterre, et voici les reproches à l'adresse des neutres, c'est-à-dire, en tête, à l'adresse des États-Unis d'Amérique. Le Mémorandum reproche aux puissances neutres d'avoir généralement acquiescé aux mesures prises par le gouvernement anglais; notamment elles n'ont pas réussi à induire le gouvernement anglais à rendre les Allemands capturés et les biens allemands saisis. Sous certain rapport, elles ont même secondé les mesures anglaises qui sont cepedant incompatibles avec la liberté des mers, en ce qu'elles ont manifestement, sous la pression de l'Angleterre, empêché, par des embargos mis en transit et à l'exportation, le passage en Allemagne des marchandises destinées à un usage pacifique. Elles acquiescent, en un mot, à la violation de la neutralité par la Grande-Bretagne, au détriment de l'Allemagne.

Puis, invoquant, à l'exemple de l'Angleterre, ses intérêts vitaux, l'ordonnance spécifiait que les eaux entourant la Grande-Bretagne, y compris l'intégralité de la Manche (English Channel) étaient déclarées comprises dans la zône de guerre, et, qu'à dater du 18 février courant, les navires marchands ennemis, rencontrés dans ces eaux seraient détruits, même s'il n'était pas toujours possible de sauver l'équipage et les passagers.

Elle ajoutait que, dans cette zône de guerre, les navires neutres étaient en danger, car, en raison de l'abus des pavillons neutres, ordonné par le gouvernement de la Grande-Bretagne, le 31 janvier, et des hasards de la guerre maritime, il n'est pas toujours possible d'empêcher un navire neutre de souffrir des attaques dirigées contre des navires ennemis.

Toutefois les routes maritimes passant au nord des îles Shetland, dans la partie orientale de la mer du Nord, et à travers une étendue de trente milles le long des côtes néerlandaises, n'étaient pas comprises dans la zône dangereuse.

Le gouvernement allemand conseillait, enfin, aux puissances neutres de prévenir leurs ressortissants des dangers qu'ils pourraient courir en franchissant cette zône, et il renouvelait cette recommandation, dans un annexe à sa déclaration, publié à La Haye, à la date du 13 février 1915 rappelant que les navires neutres devaient bien se garder de naviguer, à partir du 18 février, dans les eaux britanniques, car, à cette date, l'amirauté allemande ferait la guerre par tous les moyens en sa possession contre la flotte de commerce britannique. "Les neutres courront les mêmes risques que les navires anglais en naviguant au milieu des combats navals," disait la Note-Memorandum.

L'observation finale était superflue, les navires neutres ayant l'habitude de s'éloigner, dans la limite du possible, du champ des opérations! Néanmoins, elle révèle, sans ambage, l'intention bien mûrie du gouvernement allemand de ne pas faire de quartier et de couler indistinctement tous navires naviguant dans la zône de guerre délimitée par l'ordonnance. La préméditation est établie et ne saurait, à l'avenir être contestée!

Bien mieux, si l'on étudie de près les griefs adressés aux alliés, et plus particulièrement à l'Angleterre, griefs qui seraient, dans la thèse du gouvernement allemand, une justification suffisante de la nouvelle conduite de la guerre maritime, on n'aperçoit pas qu'il y ait eu, de la part des adversaires de l'Allemagne, la violation du droit des gens qui est mise à leur charge.

En ce qui concerne la contrebande de guerre, il est vrai que la Conférence navale de Londres de 1909 établit une distinction entre la contrebande absolue et la contrebande relative, mais cela prouve-t-il qu'en élargissant la liste des objets de contrebande, il y ait eu violation du droit international positif? Il n'y a, en la matière, aucune règle juridique incontestée et obligatoire. Les Etats-Unis eux-mêmes considèrent les vivres comme objets de contrebande de guerre, lorsqu'ils sont destinés à ravitailler une flotte ennemie et doivent manifestement servir d'élément de résistance à l'armée adverse.[1] Du reste, la distinction entre la contrebande absolue et la contrebande relative est une création doctrinale dont se prévalent parfois les gouvernements, lorsque leur intérêt les pousse à l'invoquer. Ce n'est pas une règle absolue de droit des gens!

Quant au second grief, qui consiste dans la capture des sujets allemands sur des navires neutres et leur assimilation à des prisonniers de guerre, il semble, au premier abord plus fondé que le précédent, puisque, généralement, on considérait comme un acte d'assistance hostile, le simple fait de transporter des officiers ou des soldats incorporés dans l'armée, que le belligérant était autorisé à capturer et à faire prisonniers. Il semble même que cette règle ait été adoptée par la Déclaration de Londres qui, dans son article 47, spécifie que: "Tout individu incorporé dans la force armée de l'ennemi qui sera trouvé à bord d'un navire de commerce neutre pourra être fait prisonnier de guerre." Le texte ne vise donc pas les réservistes appelés à grossir les contingents des armées belligérantes.

Mais nous savons que les règles de la Déclaration de Londres n'ont aucun caractère obligatoire et nous constatons que la question se pose pour la première fois sous l'aspect qu'elle a revêtu dans le conflit actuel. En 1912, en effet, dans l'affaire du Manouba, qui a été soumise à l'arbitrage du tribunal de La Haye, l'Italie prétendait simplement qu'elle avait le droit de mettre la main sur les passagers turcs transportés de Marseille à Tunis, parce que les prétendus membres de la mission du Croissant-Rouge n'étaient autres que des militaires turcs déguisés. Elle soutenait la thèse du droit de main-mise sur des sujets ottomans incorporés dans l'armée turque, et rien de plus.

Aujourd'hui la question ne se présente plus sous les mêmes dehors que jadis. L'institution du service militaire obligatoire fait qu'un nombre considérable de sujets appartenant aux Etats belligérants sont rappelés dans leur patrie pour obéir à leurs obligations militaires. Ils sont appelés, de part et d'autre, à grossir le nombre des effectifs déjà incorporés.

On s'est donc demandé et avec raison si, en présence d'une situation nouvelle, les alliés ont violé une règle positive de droit international public, en considérant comme un acte d'assistance hostile le fait par des neutres de transporter en grand nombre des passagers mobilisables.

De règle proprement dite, il n'en existe aucune, et, si la coutume ancienne n'envisageait comme susceptibles d'être réduits à la captivité que les seuls sujets incorporés dans l'armée au moment de leur capture, c'est que leur nombre était des plus restreints, tandis que l'innovation créée par les gouverne-

[1] Déclarations de 1794 et de 1806; Instructions pour la guerre hispano-américaine de 1898; Code de la guerre navale des Etats-Unis du 27 juin 1900, art. 36.

ments français et anglais par la capture des sujets ennemis mobilisables a réduit à l'impuissance environ 300,000 sujets allemands qui n'ont pu rejoindre leur pays.

L'intérêt bien compris des alliés justifie leur conduite, et l'acte reproché par le Memorandum allemand aux alliés n'est pas plus déloyal que celui qui a consisté pour les Allemands d'envoyer prisonniers en Allemagne tous les sujets belges ou français en état de porter les armes, que la rapidité de l'invasion allemande a surpris, avant leur mobilisation. La France et l'Angleterre n'ont fait autre chose que de pratiquer sur mer les mesures prises par les Allemands sur le continent.

Il est juste de reconnaître, d'ailleurs, que les neutres n'ont soulevé à cette innovation aucune objection sérieuse: c'est que le procédé est de bonne guerre! Les Etats-Unis ont même expressément reconnu cet usage en prenant des mesures pour réprimer le trafic des faux passeports que les Austro-Allemands se faisaient remettre pour déguiser leur nationalité et rejoindre leur pays.

Dira-t-on que les pays neutres n'ont pas le droit de prendre sur leur territoire telle ou telle mesure générale destinée à empêcher les armateurs de prendre à bord une catégorie déterminée de passagers? Ce serait méconnaître la souveraineté des Etats neutres et personne n'a le droit de formuler de plainte du moment que les règles promulguées s'appliquent à tous les belligérants. La prétention des nations en guerre friserait l'outrecuidance!

Du moment que, en droit, la situation des belligérants est placée sur le même pied d'égalité, il leur incombe d'effectuer, par leurs propres moyens, le transport de leurs nationaux destinés au combat. Si la maîtrise de la mer échappe à l'un d'eux, la faute n'en rejaillit pas sur les pays neutres qu'il ne peut forcer à changer à son profit cet état d'infériorité en imposant à ses adversaires le respect de leur pavillon.

Par conséquent, et devant l'acceptation par les pays neutres, dans leur entière souveraineté, du régime juridique adopté par l'un des belligérants, on voit bien qu'au fond des choses le grief d'illégalité et de violation du droit des gens n'est pas plus fondé que le précédent, ni de nature à justifier un système de représailles aussi inhumain que celui adopté par le Memorandum du 4 février.

Et puis, l'établissement par les Anglais d'une zône maritime de mines le long des côtes, dans le but de les protéger contre le bombardement de vaisseaux allemands n'a pas empêché l'Angleterre de laisser ouvert le Pas-de-Calais que les navires neutres peuvent franchir sous la conduite d'un pilote anglais au courant de l'emplacement des mines. L'Allemagne elle-même n'avait-elle pas semé des mines partout où elle avait pu? Cela constituait pour la grande île un moyen de défense légitime qui n'excuse pas davantage les mesures allemandes.

Quant aux neutres, que l'Allemagne accuse d'user de condescendance, sinon de manquer d'énergie à l'égard de ses ennemis, n'y a-t-il pas dans cette allégation un motif imaginé de toutes pièces pour excuser par avance les débordements auxquels se sont livrés les sous-marins allemands? Les neutres sont libres d'accepter les règlements mis en vigueur par un belligérant, s'ils ne dénient pas à l'adversaire le droit d'agir de même! Or, jamais ils n'ont déclaré vouloir suivre une ligne de conduite différente à l'égard de tous les belligérants. Il y a donc là une insinuation dénuée de fondement et la note allemande est une fois de plus prise en défaut, au point de vue de la vérité: elle n'est assise sur aucun fondement juridique et n'a pas de valeur en droit international.

La presse allemande, il fallait s'y attendre, a suivi d'enthousiasme et sans aucune modération le gouvernement. Voici deux extraits topiques cueillis dans la grande presse allemande. C'est d'abord le Lokal Anzeiger qui, le 6

février écrivait: "Que nous importent les criailleries des neutres et l'indignation de nos ennemis? Nous autres Allemands nous avons à tirer de cette guerre une grande leçon, celle de ne pas manifester de délicatesse et de ne pas écouter ce que les neutres peuvent dire." C'est encore la Gazette de la Croix qui, à la même date, s'exprimait dans les termes suivants: "L'avertissement, que notre amirauté donne aux neutres, montre, que nous allons faire une guerre de sous-marins. Si nous devions suivre la même procédure que naguère, dans la mer d'Irlande, il nous serait impossible de différencier les navires neutres de ceux de nos ennemis. Il paraît que nous allons maintenant torpiller les navires sans avis préalable. Nous accueillons avec plaisir l'annonce que nos sous-marins vont faire à toute la marine de nos ennemis la guerre la plus impitoyable."

C'est donc avec un cœur léger que la presse s'est mise à l'unisson avec la décision des autorités allemandes, et on trouve, dans ces aveux cyniques et monstrueux, la preuve indéniable de la volonté bien arrêtée de couler base tous les navires qui se trouveraient dans ce que l'Allemagne appelle la nouvelle "zône de guerre."

En ce faisant, c'est-à-dire en instaurant une doctrine nouvelle, en fermant la Manche et la mer d'Irlande sans blocus effectif, l'Allemagne a foulé aux pieds les droits des puissances neutres et les lois de l'humanité. Elle a supprimé d'un trait de plume le principe intangible de la liberté des mers.

Du jour où la proclamation de l'Allemagne était lancée, aucun navire américain n'aurait dû s'aventurer dans la Manche ou la mer d'Irlande sans s'exposer à être détruit, en dehors même de tout combat naval.

La vérité est que l'Allemagne a voulu faire croire à un blocus fictif d'un nouveau genre, destiné à fermer à tous les navires neutres l'accès des côtes de la Grande-Bretagne et du Nord de la France, en faisant usage de torpilles et de mines.

Jamais, dans aucun blocus, un belligérant n'a interdit la libre circulation dans une mer tout entière: ses croiseurs se sont contentés de surveiller la destination des navires, dans les parages des ports bloqués. Jamais non plus, un belligérant n'a détruit un navire pris en flagrant délit de violation du blocus, sans recourir à une procédure ou à un examen préalable.

Cette nouveauté de conception de la guerre maritime et du respect du droit des neutres est donc arbitraire: elle cache, de façon enfantine, le secret désir qui devore l'Allemagne d'empêcher tout commerce maritime entre les Etats neutres et la Grande-Bretagne et les ports de la France septentrionale. La concession d'une route libre par le nord de l'Ecosse n'est qu'un palliatif anodin; car forcer les neutres à ne faire usage que de cette voie, c'est leur interdire purement et simplement de commercer avec l'Angleterre et avec une partie de la France, en ajoutant à cette interdiction la sanction inouïe d'une destruction sommaire, sans avis préalable et contraire à toutes les lois de l'humanité.

Voilà le but final que visait l'Allemagne et qu'elle s'est proposé d'atteindre par tous les moyens en sa possession, même au prix de la mort de paisibles passagers. Ce sera, dès lors, le recommencement des actes de piraterie analogues au torpillage de l'Amiral-Ganteaume machiné le 26 octobre 1914. Celui-ci avait été perpétré sans avis officiel de la part du gouvernement allemand; les autres sombreront au fond de l'Océan après un avertissement brutal jusqu'au jour où une chasse en règle, organisée par l'Amirauté britannique, mettra les sous-marins allemands dans l'obligation de se montrer plus circonspects dans leurs manœuvres.

Quelle a été, devant ces mesures iniques et stupéfiantes, devant ces procédés d'intimidation inconnus jusqu'au 20e siècle, l'attitude des Etats-Unis, que l'Allemagne s'évertuait à gagner à sa cause en l'obligeant à faire auprès de ses

ennemis une démarche énergique pour forcer ces derniers à abandonner leur manière de voir sur la contrebande de guerre?

La presse américaine, suivant en cela, les protestations de la presse italienne, alors que l'Italie n'avait pas encore pris position dans le conflit européen, et celles de la Suède qui ne manquaient pas d'énergie, puisque le Dagens Nyheter, de Stockholm écrivait: "Nous ne craignons pas la menace allemande. L'Allemagne apprendra, si elle ose torpiller les navires neutres, que les pays neutres n'ont pas l'intention de se laisser supprimer par l'Allemagne," la presse américaine ne s'est pas laissé distancer.

Le New York Herald pose la question dans les termes suivants: "Supposons que les sous-marins allemands détruisent le bâtiment et l'équipage d'un neutre quelconque l'Allemagne ne sera-t-elle pas traitée en ennemie par ce neutre? L'Allemagne est sur le point de commettre la plus lourde faute qu'elle ait jamais commise; celle d'entrer en guerre avec les Etats-Unis."

La Tribune, de son côté, s'exprimait ainsi: "Aucun neutre qui se respecte ne peut accepter cette arrogante négation du droit des neutres. Les vaisseaux américains continueront à se diriger vers l'Angleterre et, si l'Allemagne les torpille, elle aura à s'en repentir amèrement."[1]

De son côté, le gouvernement américain ne pouvait pas ne pas élever la voix. Il se trouvait en présence de deux décisions émanées des gouvernements de Londres et de Berlin; la première du 31 janvier, la seconde du 4 février 1915, qui ont été analysées et critiquées au cours de cette étude, et il a jugé bon de donner son avis à chacun des belligérants.

A l'Angleterre, dans une note remise, le 18 février 1915, à sir Edward Grey par M. Page, ambassadeur des Etats-Unis à Londres, le département formule les justes appréhensions que fait maitre dans l'esprit américain la décision prise par l'Amirauté britannique de faire usage d'un pavillon neutre pour protéger ses navires de commerce contre les attaques des sous-marins ennemis.

Avec un tact digne de tous éloges, le Président Wilson déclare réserver pour un examen ultérieur la question générale de la légalité et de la convenance de l'usage du pavillon d'une puissance neutre pour éviter la capture. Puis, sans formuler aucune réclamation contre l'emploi du pavillon américain par les vaisseaux anglais, notamment par la Lusitania, la note expose les inconvénients possibles pour la marine américaine de l'emploi de son pavillon par les navires britanniques. "L'abus du pavillon neutre met en dánger les vaisseaux d'un neutre visitant des zônes de haute mer présumées fréquentées par des vaisseaux de guerre ennemis, parce qu'elle fait naitre la présomption que les-dits vaisseaux appartiennent à une nationalité belligérante, quel que soit le pavillon qu'ils puissent arborer."

Et comme l'Amirauté allemande avait, dès le 4 février, préveuu le gouvernement des Etats-Unis qu'elle avait l'intention de mener des opérations navales très actives dans des zônes maritimes adjacentes aux côtes de la Grande-Bretange et de l'Irlande, le Président Wilson déclare que "le gouvernement des Etats-Unis verrait avec souci et anxiété tout usage général du pavillon des Etats-Unis par les vaisseaux britanniques traversant ces eaux.

Se serait une menace sérieuse et constante pour les navires et la vie des citoyens américains, sans profit pour les Anglais. Il s'en suit que la Grande-Bretagne assumerait ainsi une certaine responsabilité pour les pertes de vies et de vaisseaux américains, dans le cas d'une attaque par une force navale.

La note se termine par l'assurance que le gouvernement des Etats-Unis fait les plus energiques représentations au gouvernement allemand au sujet du

[1] Journal des Débats, 9 et 10 février 1915.

danger que les vaisseaux et les citoyens américains courraient si la déclaration de l'Amirauté allemande était mise à exécution.

On peut, à la lecture de la note, se rendre compte qu'elle ne contient aucun blâme à l'adresse de l'Angleterre: elle l'invite courtoisement à ne pas faire un emploi abusif du pavillon américain et reflète le sens amical des relations qui depuis longtemps règnent entre les deux Etats.

A l'Allemagne, dans sa note remise au Cabinet de Berlin à la date du 13 février 1915, le gouvernement des Etats-Unis déclare qu'en présence de la proclamation allemande du 4 février, il est de son devoir de le prier de réfléchir, avant d'agir, sur la situation critique qui pourrait résulter des menaces de la proclamation de l'Amirauté allemande, si un navire marchand des Etats-Unis était détruit ou si un citoyen des Etats-Unis était tué.

Il rappelle que le droit d'un belligérant vis-à-vis des navires neutres sur la haute mer est limité à l'arrêt et à la visite à moins qu'un blocus proclamé soit effectivement appliqué, ce qui n'est pas le cas. Agir autrement, attaquer et détruire tout navire pénétrant dans une zône déterminée de la haute mer, sans s'être enquis auparavant sur sa qualité de belligérant et sur le caractère de contrebande de sa cargaison, constituerait un acte tellement imprévu et sans précédent dans les guerres navales que le gouvernement des Etats-Unis se refuse à croire que le gouvernement impérial allemand ait l'intention de commettre cet acte! De plus, la supposition que les navires ennemis peuvent indûment faire usage de pavillons neutres ne constitue pas une présomption suffisante que tous les navires traversant la zône prescrite peuvent être également soupçonnés. C'est bien, du reste, pour éclaircir ces points que le droit d'arrêt et le droit de visite ont été reconnus.

Voilà l'opinion des Etats-Unis sur ce qu'ils constatent être une transgression par l'Allemagne des lois et usages de la guerre maritime. Mais la note ne s'arrête pas à mi-route: elle fait justice des accusations portées par le gouvernement de la Wilhemstrasse contre les Etats-Unis, qui se seraient rendus coupables d'actes contraires à la neutralité. " Le gouvernement des Etats-Unis n'a jamais permis ni accepté aucune mesure qui aurait pu être prise par l'un quelconque des belligérants dans la guerre actuelle en vue de restreindre le commerce des neutres, mais il a, au contraire, pris, dans tous les cas de ce genre, une attitude qui lui permet de prétendre qu'il a tout fait pour laisser ces gourvernements responsables de tout dommage à la navigation américaine que ne justifierait pas le droit international." C'est ce qui explique qu'il prend, dans la situation présente, une position aussi nette. Aussi insiste-t-il sur l'irrégularité des moyens employés par l'Amirauté allemande en concluant que, si l'Allemagne détruit sur la haute mer, même dans la zône prévue par l'Amirauté allemande, des navires américains ou cause la mort de citoyens américans, il y aurait là une violation du droit des neutres difficile à concilier avec les relations amicales qui subsistent si heureusement à l'heure actuelle entre les deux gouvernements. Les Etats-Unis tiendraient le gouvernement de Berlin responsable des actes de ses autorités navales.

Telle est la doctrine américaine, qu'il était nécessaire de reproduire, en réponse au Mémorandum allemand du 4 février. Telle était aussi celle de la note néerlandaise, bien que rédigée en termes moins incisifs.

Le cabinet de Berlin n'a pas tardé à se rendre compte de l'effet déplorable produit dans les chancelleries des Etats neutres par son manifeste du 4 février. Tandis que l'Angleterre, indignée de la prétention de l'ennemi, affirmait, le 15 février, par l'organe de M. Winston Churchill, ministre de la marine, la volonté d'empêcher l'adversaire de recevoir des denrées alimentaires et de préparer sa riposte à la nouvelle méthode allemande, le comte Bernstorff faisait connaître, à la même date, à M. Bryan, que l'Allemagne était disposée à

retirer en partie son ordonnance sur la zône de guerre, à condition que le gouvernement américain s'interposât pour l'envoi à Hambourg de la cargaison du Wilhemina saisie par l'Angleterre. Il affirmait, en outre, que la décision de l'Allemagne serait entièrement annulée si l'Amérique obtenait de l'Angleterre qu'elle laissât pénétrer les vivres à destination de l'Allemagne.

Deux jours ne s'étaient pas écoulés que, de son côté le gouvernement allemand jugeait nécessaire, devant la gravité des termes non équivoques de la Note Américaine, d'adresser une longue réponse destinée à convaincre le Président Wilson et ses conseillers de la légitimité des mesures allemandes. On n'y rencontre plus la même arrogance dans le ton, qui caractérise la note du 4 février. L'Allemagne se sent et se sait en mauvaise posture vis-à-vis de l'Amérique. Elle attaque l'Angleterre pour mieux se défendre; elle plaide coupable mais invoque les circonstances atténuantes: c'est parce que la Grande-Bretagne a violé le droit des gens en interceptant les marchandises destinées à l'Allemagne; c'est parce qu'elle se livre à un trafic d'armes évalué à des centaines et des centaines de millions avec les usines américaines, trafic que les gouvernements neutres ne sont pas dans l'obligation d'empêcher; c'est pour ces raisons que le gouvernement allemand a décidé de riposter. Il espère que les neutres se montreront tolérants envers l'Allemagne, même si ses méthodes, comme celles de l'Angleterre, doivent "répandre la terreur parmi la navigation neutre."

Les représailles imaginées par l'Amirauté allemande sont légitimées, affirme-t-elle, par l'emploi de faux pavillons de la part des anglais et par le transport sur des navires neutres d'objets de contrebande absolue.

C'est dans ces deux propositions que se résume l'argumentation juridique de la Note allemande, argumentation des plus embarrassées et qui s'effondre dès qu'on lui oppose l'application des principes premiers du droit maritime. Le droit de visite, en effet, n'a-t-il pas été admis pour déjouer le subterfuge de l'emploi d'un faux pavillon par les belligérants? Il est d'un emploi immémorial: les Anglais l'appliquent, les Français l'appliquent, comme cela s'est toujours fait. Pourquoi établir une dérogation à la règle en faveur de la marine allemande? Pourquoi n'y recourt-elle pas?

La seconde raison invoquée par l'Allemagne est encore plus extraordinaire et plus inadmissible, puisqu'il est de tradition que la guerre n'a jamais constitué un obstacle au commerce des belligérants et des neutres qui l'entreprennent à leurs risques et périls. Et c'est pour ces motifs que l'Amirauté allemande revendique le droit de couler bas sans distinction tous les navires neutres gagnant les ports anglais, sans vérification de la marchandise et sans préavis adressé au commandant du navire, abandonnant à la fortune de mer les passagers et l'équipage. Personne n'oserait admettre ni défendre pareille thèse! Et véritablement on en est réduit à se demander à quelle mentalité est soumis l'auteur de la note quand, pour persuader à l'Amérique de mettre un terme aux procédés de guerre anglais, il invoque "l'intérêt des méthodes humanitaires!" Les événements qui ont suivi et qui vont être exposés dans un instant, ont montré quel cas l'Allemagne fait de l'humanité!

Avant d'en arriver à l'examen des faits les plus regrettables de la campagne sous-marine, il faut constater une certaine détente qui s'est manifestée dans l'action des submersibles allemands, à une date qui correspond au 25 février. Elle a été occasionnée, à coup sûr, par une note envoyée par les Etats-Unis, le 22 février, aux gouvernements de Londres et de Berlin, note qui avait un caractère officieux et dont le contenu ne devait pas être rendu public, avant que les pourparlers n'aient abouti. L'Allemagne la fit publier, avec sa réponse, le 2 mars suivant et le texte s'en retrouve dans la Gazette de Lausanne du 3 mars.

Il n'existait, de la part du gouvernement de Washington, aucune intervention ayant un caractère officiel de médiation. Il se bornait à suggérer aux belligérants la signature d'une convention qui établirait une sorte de modus vivendi, fondé sur des questions d'opportunité plus que sur le droit fixé par les lois. Ses dispositions visaient une réglementation de la pose des mines, la cessation des attaques des navires neutres par les sous-marins qui se résoudraient à appliquer le droit de visite, la cessation de l'usage par les navires de commerce de pavillons neutres, enfin la cessation de la saisie par les navires anglais des cargaisons de vivres destinées à l'Allemagne, dont la distribution à la population civile serait assurée par une délégation des Etats-Unis.

Le projet donnait satisfaction, dans une certaine mesure, aux desiderata de l'Allemagne, mais ce n'était, à tout prendre, qu'un projet de conciliation que le Président Wilson présentait à l'attention des ministres anglais, sans insister davantage pour l'adoption de la combinaison. Agir autrement, c'eût été faire œuvre de médiateur et sembler intervenir au profit de l'Allemagne à qui incombait la responsabilité du conflit avec les neutres.

Il va sans dire qu'à Berlin ces suggestions reçurent bon accueil. La réponse allemande, du 28 février, en témoigne avec abondance. Elle désire (ce sont les propres termes de la note) "que la guerre navale soit menée suivant des règles qui, sans restreindre unilatéralement l'un ou l'autre des Etats belligérants dans l'emploi des moyens de guerre, tiennent compte aussi bien de l'intérêt des neutres que des principes d'humanité." Elle demande, en conséquence, l'application de la déclaration de Londres par ses adversaires. Elle accepte la réglementation des mines sous-marines, sans renoncer à l'emploi offensif de mines ancrées. Elle déclare que les sous-marins n'useront plus de violences envers les navires marchands de n'importe quelle nationalité à condition qu'ils ne soient pas armés et ne résistent pas à la visite. Puis, envisageant l'autre côté de la proposition sur l'importation en Allemagne, de vivres et d'autres matières premières, auxquelles elle "attache beaucoup de prix," la note se déclare toute prête à admettre la combinaison américaine, étant bien entendu que les gouvernements ennemis devraient laisser parvenir librement en Allemagne les matières premières indiquées dans la liste libre de la déclaration de Londres et traiter les produits allemands, inscrits sur la liste de la contrebande relative, comme les vivres.

Moyennant l'acceptation de ces conditions et si l'on pouvait trouver les moyens d'exclure l'importation de matériel de guerre allant d'Etats neutres à Etats belligérants, le gouvernement allemand donnait son adhésion à l'entente préparée par le gouvernement américain.

Au fond, et pour qui sait lire entre les lignes, la note passait l'aveu du caractère illégal de l'attaque pratiquée par ses sous-marins, puisqu'elle proposait la solution suivante: "Les sous-marins allemands n'useraient de violences envers les navires marchands de n'importe quelle nationalité que dans la mesure où cela serait nécessaire pour user du droit de rétention et de visite si l'on découvrait la nationalité ennemie du navire ou la présence de contrebande. Les sous-marins agiraient suivant les règles générales du droit des gens." Il y a là un aveu à retenir!

De plus et sourtout, la combinaison proposée par les autorités allemandes de laisser passer librement les vivres et les matières premières à destination de l'Allemagne, outre qu'elle visait à rétablir à son profit l'équilibre de la navigation que la suprématie de la mer avait fait pencher du côté des flottes ennemies, ne tendait à rien moins qu'à demander aux alliés de renoncer aux avantages stratégiques que lui procurait sa supériorité navale. Et il est compréhensible, pour des neutres, que, quel que soit le désintéressement et

l'esprit de sacrifice d'une nation armée, c'est trop lui demander que de renoncer à des procédés légitimes de guerre.

La proposition, était manifestement inacceptable. C'est bien ainsi qu'elle a été traitée par la France et par l'Angleterre. En effet, avant de répondre aux suggestions américaines, les deux pays alliés adressèrent le 1[er] mars aux puissances neutres une note commune qui contenait les mesures de représailles par elle édictées en réponse aux procédés de guerre de l'Allemagne. La communication faite aux puissances neutres reflète, dans la sobriété de ses termes, l'intention réfléchie et bien arrêtée de s'opposer, par tous les moyens conformes au droit des nations, aux agissements de la flotte sous-marine allemande.

Il n'est pas admissible de laisser subsister, dit-elle en substance, la prétention inouïe de l'Amirauté allemande de torpiller à vue, sans égard pour la sécurité des équipages, tout navire marchant sous tout pavillon. Le premier devoir, en ce qui concerne les attaques contre le commerce, impose au capteur l'obligation de saisir les navires marchands, de les mener ensuite devant une Cour des prises pour faire juger la régularité de la capture et recouvrer par les neutres, le cas échéant, la cargaison saisie. "Couler une prise est, en somme, même un acte contestable auquel on peut avoir recours seulement dans des circonstances extraordinaires et après que les dispositions ont été prises pour assurer la sécurité de tout l'équipage et des passagers (s'il y a des passagers à bord)."

Les Alliés considèrent ces principes comme fondamentaux et inéluctables. Or, disent-ils, un sous-marin allemand est incapable de remplir aucune de ces obligations. Il n'exerce aucun pouvoir local sur les eaux dans lesquelles il opère. Il ne conduit pas ses captures dans le ressort d'une Cour des prises. Il ne porte aucun équipage de prise qu'il puisse mettre à bord d'une prise. Il n'emploie aucun moyen efficace de distinguer entre un navire neutre et un navire ennemi. Il ne reçoit pas à son bord, pour en assurer la sécurité, l'équipage et les passagers du navire qu'il coule. Ses méthodes de guerre sont en conséquence entièrement en dehors de tous les textes internationaux réglementant les opérations contre le commerce en temps de guerre. La déclaration allemande substitue à la capture réglementée la destruction aveugle! Dans ces conditions, et puisqu'il est avéré que le but des méthodes allemandes n'est autre que d'empêcher les marchandises de toute nature, y compris les provisions pour l'alimentation de la population civile de pénétrer dans les Iles Britanniques et dans la France septentrionale, les Alliés, par réciprocité, sont décidés à empêcher les marchandises de toute nature de pénétrer en Allemagne ou d'en sortir. Toutes ces mesures seront exécutées toutefois sans risques pour les navires ni la vie des neutres et des non combattants et en stricte conformité avec les principes de l'humanité. En conséquence, il est décidé que toutes marchandises présumées de destination, de propriété ou de provenance ennemies seront conduites dans les ports alliés. Les navires et les cargaisons ne seront pas confisquées, à moins qu'ils ne soient sujets à être condamnés pour d'autres motifs. Ce traitement ne s'applique pas aux navires qui ont pris la mer avant le premier mars.

En conformité des ces décisions, le Président de la République Française prit un décret, à la date du 13 mars 1915, publié dans le Journal officiel du 16 mars, et la Gazette de Londres publia le même jour, une ordonnance anglaise identique.

La sanction résultant du texte du document et des déclarations de M. Asquith à la Chambre des Communes le 1[er] mars consiste dans la conduite, par les Alliés, des navires, dans leurs ports, afin d'y vérifier la destination, la propriété ou la provenance des marchandises. Les marchandises appartenant à des neutres et venant d'Allemagne seront laissées à la disposition des pro-

priétaires neutres pour être renvoyées à leur port de départ dans un délai qui leur sera imparti. Passé ce délai, ces marchandises seront sujettes à réquisition ou vendues pour le compte et aux frais et risques des propriétaires.

Celles qui appartiennent à des neutres, expédiées sur l'Allemagne seront laissées à la disposition des propriétaires neutres pour être, soit renvoyées à leur port de départ, soit dirigées sur un port allié ou neutre qui sera autorisé, et ce dans un délai, passé lequel, elles seront réquisitionnées ou vendues pour le compte du propriétaire et à ses frais et risques.

Les navires seront libérés après capture.

Si l'application de ces mesures, disait M. Asquith, cause des inconvénients aux neutres, les Alliés le regrettent profondément, mais "ceux-ci doivent se souvenir que nous ne sommes pas les initiateurs de cette guerre, et que nous ne nous sommes jamais proposé d'assassiner leurs marins ou de détruire leurs bâtiments."

Telles étaient les mesures de représailles prises par la France et l'Angleterre, après la réception de la note américaine du 22 février et de la réponse allemande du 28 février, et avant toute réponse par les Alliés aux propositions suggérées par le Président Wilson. Elles constituaient une preuve évidente qu'ils ne souscriraient pas aux arrangements suggérés par le gouvernement américain, ce qui n'empêchait pas M. Asquith de déclarer, dans son discours du 1er mars à la Chambre des Communes, que son gouvernement procédait de concert avec ses Alliés à l'examen des propositions des Etats-Unis, et qu'il y ferait réponse sous peu. En effet, cette réponse était remise à Washington le 4 mars. Le Foreign Office se bornait à faire savoir à la Maison Blanche que, d'accord avec ses Alliés, il prêterait toute son attention relativement à la réglementation de l'emploi des mines et à la limitation de l'action des sous-marins. Il ne soufflait mot de la contrebande de guerre ni des mesures qu'il avait édictées le 1er mars dans sa Note aux neutres.

Toute illusion, si jamais les Etats-Unis en eurent à ce sujet, devait donc s'évanouir à la lecture de la réponse anglaise qui équivalait à une fin de non recevoir courtoise en la forme aux suggestions des Etats-Unis favorables aux intérêts allemands.

Les raisons de cette attitude que le gouvernement anglais n'était pas tenu de formuler, la presse anglaise ne s'est pas cachée de les étaler au grand jour. "L'acceptation d'une pareille proposition," écrit le Times, dans son éditorial du 6 mars, "serait se soumettre à un chantage, admettre que la piraterie allemande nous avait intimidés, inviter l'ennemi à reprendre les mêmes procédés quand il aurait importé assez de vivres pour atteindre la récolte prochaine. Quelles garanties aurions-nous que les vivres serviraient seulement à la population civile allemande? Une promesse de Berlin? Les Américains en connaissent la valeur aussi bien que nous. Sont-ils disposés à la garantir? Si oui, comment, par quels moyens se proposent-ils, le cas échéant, de faire respecter leur garantie? Enverront-ils une armée d'agents américains pour surveiller les agences allemandes dans les ports, chez les marchands autorisés dans chaque ville, dans chaque village de l'empire? L'Allemagne a invoqué la nécessité comme une excuse suffisante pour toutes les violations des traités et des lois dont elle s'est rendue coupable. Pourquoi supposer qu'elle renoncerait à invoquer la même nécessité pour échapper une fois de plus aux engagements qu'elle devrait prendre? Nous avons la confiance que, réflexion faite, l'impossibilité absolue de ce projet sera reconnue de l'autre côté de l'Atlantique et le plan allemand considéré comme une simple ruse diplomatique."

Ce point de vue reflétait bien l'opinion des gouvernements alliés et de tous les sujets des pays intéressés. Aussi les déclarations gouvernementales furent-elles accueillies avec des signes d'approbation générale.

Par contre elles provoquèrent en Allemagne une vive colère en même temps que la volonté opiniâtre de ne pas se départir des procédés incriminés, de poursuivre sans merci la guerre de sous-marins, et de tirer tout le parti possible de cette arme terrible.

Aux Etats-Unis, l'émotion provoquée par le silence volontaire des Alliés sur le projet d'arrangement du 22 février, si tant est qu'elle exista, ne fut pas bien profonde. Les gouvernements neutres, dans leur majorité, ont parfaitement compris que les Alliés défendaient la cause du droit et de l'humanité et que les mesures prises à l'égard du commerce des neutres avec l'Allemagne, n'étaient, à bien réfléchir, qu'une riposte légitime aux agissements de l'Allemagne.

Les Alliés avaient, du reste, pris l'engagement de ne pas porter arbitrairement atteinte au droit de commerce régulier des neutres. On en trouvera la preuve dans une lettre de M. Delcassé, ministre des Affaires étrangères de France, du 15 mars 1915, en réponse à celle qui lui avait été remise, le 7 mars précédent, par l'ambassadeur des Etats-Unis auprès de la République Française. Elle affirmait, dans sa partie finale, qu'il n'entre pas et qu'il n'est jamais entré dans les intentions du gouvernement de la République d'étendre l'action de ses croiseurs à l'encontre des marchandises ennemies au-delà des mers européennes, la Méditerranée comprise. Elle affirmait, dans sa teneur générale, que les Alliés n'avaient pas dépassé les limites du droit de représailles.

L'échange de vues entre les pays intéressés se faisait dans l'esprit le plus amical et en accord avec la simple franchise qui a toujours caractérisé les relations des gouvernements français et américain dans le passé.

Cependant, comme l'application stricte des règles promulguées par les puissances alliées, constitue, en apparence tout au moins, un nouveau genre de blocus dont le mode d'exercice pouvait laisser une large marge à l'imprévu, les Etats-Unis, pour affirmer les droits des puissances neutres, avaient le devoir de s'enquérir, auprès des Etats signataires, de la portée qu'ils donnaient à leurs décrets. Sir Edward Grey, ministre des Affaires étrangères d'Angleterre, lui-même n'avait pas essayé de justifier par les principes du droit de blocus les mesures édictées; il se contentait de dire que les Alliés n'avaient pris que les dispositions strictement nécessaires pour pallier les désagréments infligés au commerce neutre.

Mr. Sharp, ambassadeur à Paris, avait, dès le 7 mars, soulevé cette question dans une lettre remise à M. Delcassé, ministre des Affaires étrangères de France, et, le 8 avril 1915, les Etats-Unis intervenaient officiellement pour formuler quelques objections contre la déclaration des Alliés du 1er mars et les décrets franco-anglais du 13 mars. Ils ne contestent pas la légitimité d'un blocus du pays ennemi exercé par des croisières éloignées des rives bloquées, et prenant en considération les modifications survenues dans la guerre navale, ils reconnaissent, sans critique, aux Alliés, le droit d'arrêter tous les navires à destination ou de provenance des ports allemands. Ils leur concèdent le droit de surveiller les navires se dirigeant vers les ports neutres et de se rendre compte s'ils ne transportent pas de la contrebande de guerre destinée à des pays ennemis. Mais, par contre, ils dénient aux belligérants le droit de saisir, de séquestrer ou de réquisitionner des marchandises expédiées à des ports neutres qui ne peuvent être bloqués, tels les ports scandinaves et les danois, lorsque ces marchandises ne constituent pas de la contrebande de guerre. Que ceux-ci s'en tiennent donc à l'application pure et simple des règles concernant le blocus et la contrebande de guerre, mais qu'ils ne s'arrogent pas le droit de prendre à l'égard des neutres des mesures contraires au droit international pour user de représailles à l'égard de leur ennemi.

Les Etats-Unis n'ont pas fait état de la circonstance, du fait que cet ennemi avait lui-même méconnu toutes les règles du droit international positif, pour présenter leurs doléances aux puissances alliées.

La note conclut, en exprimant toutes réserves sur la réparation du préjudice causé à ses nationaux par la mise à exécution des décrets du 13 mars et émet l'espoir que des instructions spéciales seront données aux autorités des Etats alliés afin d'atténuer, en pratique, les inconvénients qui pourraient résulter pour les neutres de l'application rigoureuse des règlements.

Sur ce point, du reste, l'intention des Alliés n'était pas douteuse et il n'est jamais entré, croyons-nous, dans leur esprit, l'idée de ne pas compenser par de justes indemnités réparties entre les expéditeurs américains, le préjudice direct que pourraient leur occasionner les entraves nécessitées par les mesures rigoureuses, mais de légitime défense, prises à l'encontre de l'Allemagne. Le Journal des Débats du 7 avril 1915 le dit expressément: "La Grande-Bretagne et la France sont disposées à accorder toutes réparations pécuniaires justifiées aux personnes de bonne foi." Dès lors, les craintes des Etats-Unis, soulevées au sujet de son commerce légitime, s'évanouissent pour faire place à une confiance entière dans la sincérité de ceux qui luttent avec un ennemi qui n'a d'autre règle que la force et pour qui tous les moyens de combattre sur terre ou sur mer sont bons, ces moyens fussent-ils les plus contraires aux lois les plus sacrées de l'humanité.

La note américaine a soulevé—par la force des choses—un tollé général de réprobation en Allemagne. On y voyait de la complaisance envers les Alliés. On la disait rédigée plutôt contre l'Allemagne que contre l'Angleterre qui pouvait parfaitement l'ignorer sans avoir rien à craindre de la part des Etats-Unis, et pourtant, continuer impunément son blocus contre l'Allemagne. "C'est la carte blanche donnée à l'Angleterre," écrit la Gazette de Cologne du 8 avril 1915, "de conduire cette guerre à l'aide de la famine." Et le même journal reproche à l'Amérique de se soumettre à tout acte de violence de l'Angleterre, tandis que, d'un autre côté, elle continue avec ardeur à approvisionner l'ennemi en armes, en tout autre matériel de guerre et même à leur faire des avances en argent.

L'animosité allemande devait avoir sa répercussion sur les opérations de sa flotte sous-marine et, dès la fin d'avril, il se traduit une recrudescence de son activité en haute mer. Les attentats, qui avaient subi un temps d'arrêt depuis l'échange de vues entre les Etats-Unis et l'Allemagne, relativement à la note du 2 février 1915, reprirent de plus belle: à tort et à travers les torpilles sous-marines frappaient les navires de commerce jusqu'au jour où—c'était exactement le 8 mai 1915—devait se perpétrer le plus grand crime que l'histoire de la guerre maritime ait jamais enregistré. Il s'agit du torpillage du Lusitania.

Déjà, la marine américaine avait été touchée par des pertes sensibles résultant de l'emploi du procédé décrit des sous-marins allemands. Elle avait à déplorer la destruction du William P. Frey, torpillé le 16 mars 1915 par le Prinz-Eitel-Friedrich, de l'Evelyn coulé par des mines au large de Borkum le 19 février précédent, ainsi que du Carib qui avait péri dans les mêmes circonstances le 23 février dans la mer du Nord. Il n'y eut dans ces deux derniers coulages aucun accident de personnes à déplorer, et, en ce qui touche le William P. Frey, le cabinet de Berlin a admis l'obligation de payer une indemnité.

Dans une autre circonstance plus grave, les Etats-Unis ont dû intervenir et protester énergiquement à propos de la mort d'un citoyen américain, M. Trasher, victime du paquebot anglais Falaba qui fut torpillé de façon abominable par un sous-marin allemand. Chacun sait la profonde indignation causée à New York par ce nouvel exploit allemand. Toute la presse s'est soulevée contre

pareil attentat. La vigueur de ses protestations a été vraiment à la hauteur des sentiments d'horreur éprouvés par le public américain. "La sorte de guerre dont l'incident du Falaba nous offre un exemple," disait le Journal de Commerce, "fait de l'Allemagne l'ennemie du genre humain sans la rendre plus efficacement l'ennemie de la Grande-Bretagne. Elle est de nature à soulever contre l'Allemagne le courroux et l'exécration de l'univers et à provoquer une protestation qui devra être écoutée. Il se peut que les gouvernements des neutres ne soient pas à même de protester officiellement; mais ils pourront faire connaître le sentiment de leurs peuples; le massacre à tort et à travers en pleine mer n'est plus une guerre civilisée et ni règles ni absence de règles n'en feront une guerre civilisée."

Il y avait à bord plus de 250 personnes. Le commandant du sous-marin avait laissé dix minutes aux intéressés pour abandonner le navire, délai qui fut porté à 23 minutes et la torpille fatale fut lancée alors que les passagers s'empressaient de gagner les embarcations. Pour justifier cette noyade, les Allemands ont allégué l'approche de navires suspects dont ils redoutaient l'attaque et que, si les passagers avaient apporté plus de célérité dans l'évacuation du Falaba, aucun n'eût péri. Ce n'est pas une explication plausible; le droit la condamne et personne n'admettra jamais la possibilité de détruire des navires de commerce avant que la sécurité de la dernière personne à bord ait été assurée. Et puis si le commandement était menacé par l'approche d'un navire adverse, il avait le choix ou de combattre loyalement cette fois, ou de fuir sans commettre un nouveau crime.

L'attentat le plus regrettable a été commis le 8 mai. A deux heures trente-cinq de l'après-midi, par un temps splendide, sur la côte d'Irlande, la plupart des passagers de la Lusitania étaient assemblés sur le pont, lorsqu'ils aperçurent, sur la surface des eaux, une ligne blanchâtre d'écume qui approchait rapidement du paquebot. C'était l'engin meurtrier qui secoua le navire de la poupe à la proue. Le cap fut mis sur la terre par le capitaine qui espérait faire échouer le navire, quand une seconde torpille atteignit le vaisseau qui sombra. Il avait disparu environ 20 minutes après avoir été atteint par la première torpille. Il y avait à bord environ 2,000 personnes, dont près des deux tiers, en partie sujets américains, furent la proie des flots. On cite notamment, parmi les survivants la petite Edith Williams qui a perdue sa mère et ses quatre petites sœurs. Beaucoup de femmes et d'enfants sont au nombre des victimes.

Il est superflu de dépeindre l'indignation qui a étreint tous les peuples. Aux Etats-Unis et dans toute l'Amérique elle a provoqué une recrudescence du mouvement d'opinion contre l'Allemagne aussi bien dans le peuple que dans les hautes classes de la société. Les mots de meurtre et d'assissinat étaient dans toutes les bouches. C'était bien un assassinat, au sens juridique du mot, et tout démontre la préméditation de la part de l'Allemagne. On n'a pas oublié—et il y a là une coïncidence tout au moins grave et qui laisse beaucoup à penser—l'avis que le comte Bernstorf avait fait publier dans les journaux américains, la veille de l'appareillage de la Lusitania. Il rappelait aux voyageurs prêts à s'embarquer pour un voyage sur l'Atlantique que la zône de guerre prévue par le gouvernement impérial allemand comprenait les eaux entourant les Iles Britanniques et que, suivant un avis formel de ce gouvernement, les navires portant le pavillon de la Grande-Bretagne ou d'un quelconque de ses alliés étaient susceptibles d'être détruits dans ces eaux. En conséquence les voyageurs naviguant dans la zône de guerre sur des navires de la Grande-Bretagne ou de ses alliés, le feraient à leurs risques et périls.

D'autre part, on n'a pas oublié que le départ de la Lusitania avait été retardé de deux heures et demie, par suite du nombre de télégrammes arrivés

au dernier moment, à l'adresse des passagers, les informant que le navire serait torpillé par les sous-marins allemands. On sait le geste d'une des plus notables victimes de la catastrophe, M. Alfred G. Vanderbilt, qui, au reçu d'un télégramme semblable, se contenta de le déchirer, sans mot dire.

D'aucuns reprochaient au gouvernement sa timidité et l'erreur qu'il avait commise de s'imaginer qu'on viendrait à bout des Allemands par la douceur. A les entendre, ceux-ci ont pris la douceur pour de la faiblesse et se sont enhardis davantage.

Quelques jours après l'attentat, le Président Wilson prononçait, à Philadelphie, devant un auditoire ému, un discours où il ne faisait aucune allusion à la perte du Lusitania. Il se contentait, aux réclamations générales, de prononcer des paroles significatives: "Il faut, "s'écriait-il," que les Etats-Unis sachent qu'ils sont partout coude à coude et de cœur avec les nations luttant pour l'humanité. Il faut que les Américains se consacrent, en Amérique, à une œuvre qu'ils ne pourraient pas faire sans être exclusivement Américains. L'étranger qui a été naturalisé Américain et qui veut conserver néanmoins sa nationalité d'origine, ne mérite pas la protection du drapeau de l'Union. . . ."

La presse américaine, le New York Times en tête, déclarait que ces mots ne sont pas les dernières paroles du Président et écrivait crûment qu'il ne peut y avoir de paix sur terre aussi longtemps que l'on n'aura pas écrasé l'arrogance militaire allemande.

La Tribune ne restait pas en arrière: si l'Allemagne entend continuer dans cette voie, elle jugeait qu'une déclaration de guerre en serait la conséquence inévitable. A ses yeux, cette guerre n'est pas une guerre de nations mais un conflit entre la civilisation et la barbarie.

Il n'est pas jusqu'à l'organe des Germano-Américains la Staatszeitung, qui ne blâmât l'acte du sous-marin allemand. "Nous sommes," dit-elle, "avec le Président Wilson jusqu'au bout dans toutes les questions affectant l'honneur national."

Ainsi donc la réprobation, en Amérique, a trouvé un écho unanime.

Dans le centre du continent européen, en Allemagne et en Autriche, au contraire, on considérait comme une véritable promesse le torpillage du 8 mai. La presse viennoise exultait et justifiait l'acte accompli en déclarant que le paquebot anglais était, en fait, un croiseur auxiliaire. "La destruction de la Lusitania," écrivait la Nouvelle Presse Libre, "équivaut à une défaite navale, surtout en raison de la menace suspendue dorénavant sur la sécurité du trafic des passagers."

Quant à la presse allemande elle poussait l'impudence jusqu'au paroxysme. La Gazette de Francfort, commentant le torpillage de la Lusitania écrivait ces lignes que nous croyons nécessaire de reproduire in extenso: "L'engin de guerre allemand qui a coulé le navire *a fait son devoir*. Pour la marine allemande, c'est un succès extraordinaire, car la perte de la Lusitania a détruit le dernier espoir d'échapper aux menaces allemandes. *Aucun navire de commerce n'est assez rapide pour échapper à nos torpilles, puisque le plus rapide et le plus grand bateau anglais a pu être recherché, trouvé et anéanti.* Nous déplorons les duretés de la guerre et plaignons les malheureuses victimes; mais *quiconque brave la déclaration de l'Amirauté allemande en date du 4 février n'a pas le droit de se plaindre de son malheur.*"

Dans les sphères gouvernementales, la satisfaction était profonde. Le compte rendu officiel de l'Amirauté, dressé d'après le rapport du sous-marin qui coula le navire était des plus brefs. Il exposait comment, par un temps beau et clair, le sous-marin aperçut le vapeur qui n'arborait pas de pavillon, le 7 mai, à 2 heures 20. Une torpille lancée à 3 heures 10 frappa la Lusitania

à tribord à hauteur de la passerelle du commandement. La détonation de la torpille fut *immédiatement* suivie d'une seconde explosion qui eut un effet considérable. Le navire donna vite de la bande à tribord et commença à couler. . . .

Voilà la version allemande, contredite par l'enquête qui a révélé le lancement de deux torpilles. Mais le mieux est que le compte rendu déclare qu'il faut attribuer la seconde explosion à la quantité de munitions que portait le paquebot. Or, rien n'est plus faux que cette allégation dont la vérité a été controuvée par les témoignages les plus irrécusables. Justice en a été faite, en attendant que l'autre justice qu'on ne saurait étouffer élève la voix à son tour.

Les Etats-Unis n'avaient pas le droit de garder plus longtemps le silence. Le 15 mai, le Président Wilson faisait télégraphier à Berlin des protestations énergiques, dont chaque terme a été pesé.

Les revendications contenues dans le document portaient sur la mort de M. Trasher, citoyen américain, tué à bord du Falaba; sur le lancement de bombes contre le vapeur Cushing; sur le torpillage du Gulflight, et enfin sur la destruction de la Lusitania.

Après avoir relevé sevèrement l'emploi déloyal des sous-marins dans la destruction du commerce, en coulant les navires marchands, sans laisser l'équipage et tout ce qui se trouve à bord à la merci des flots, dans de petites chaloupes, le Président Wilson posait la question du droit de navigation pour tous les Américains, en haute mer.

"Les citoyens américains," écrivait-il avec une exacte compréhension du *Droit*, "agissent dans la limite de leurs droits incontestables, en montant leurs navires et en voyageant partout où leurs affaires légitimes les appellent sur les mers, et ils exercent ces droits dans cette confiance qui devrait être bien justifiée que leurs vies ne seront pas mises en péril par des actes accomplis *en violation évidente des engagements internationaux universellement reconnus*. . . ."

Le Président Wilson demandait ensuite à l'Allemagne de reconnaître aux neutres le droit de se diriger vers n'importe quel endroit à bord des bâtiments marchands, neutres ou belligérants: ce droit doit être respecté au nom de l'humanité et du droit des gens.

Un passage spécial laissait entendre que le gouvernement allemand ne devait jamais avoir eu l'intention de causer la mort d'innocents et que, par conséquent, les commandants de sous-marins devaient avoir mal interprété les instructions qu'ils avaient reçues.

Cela revenait indirectement à demander si, oui ou non, les ordres de torpillage aveugle étaient réellement venus d'en haut et si les commandants n'avaient été que les instruments passifs, les exécuteurs obéissants des ordres supérieurs?

Enfin la note faisait remarquer que l'avis donné officiellement de l'intention où l'on est de commettre un acte illégal ne justifie en aucune façon l'acte lui-même.

Le 31 mai, la réponse de l'Allemagne, réponse évasive s'il en fut, parvenait à la Maison Blanche.

En ce qui concerne, tout d'abord, les vapeurs américains Cushing et Gulflight, ses intentions sont pures. Le gouvernement allemand n'a jamais eu l'intention d'attaquer, à l'aide de ses sous-marins, dans la zône de guerre, les bâtiments neutres ne commettant aucun acte d'hostilité. Si des bâtiments neutres ont récemment souffert de l'action des sous-marins, cela tient d'une part à l'abus du pavillon neutre par les Anglais et d'autre part à la conduite douteuse des capitaines de ces bâtiments. Le gouvernement allemand a tou-

jours mis de l'empressement à exprimer ses regrets et à offrir des compensations, chaque fois qu'un bâtiment neutre a, par suite d'une erreur, été torpillé par ses sous-marins.

Les cas du Cushing et du Gulflight seront traités d'après ces principes.

Ajoutons que, relativement au cas du Gulflight le gouvernement allemand, après la remise de la note, a informé l'ambassadeur des Etats-Unis à Berlin que ce navire aurait été coulé parce que le commandant du sous-marin n'avait pas remarqué le pavillon américain.

Enfin voici la justification pénible et invraisemblable du torpillage de la Lusitania. Ce navire a été torpillé parce que (1°) il avait été aménagé en croiseur auxiliaire et classé comme tel dans la liste navale publiée par l'Amirauté britannique; (2°) parce qu'il est arrivé à la connaissance du gouvernement impérial que tous les navires marchands anglais importants ont été munis de canons et de munitions et que "la Lusitania" entre autres possédait des canons cachés sous le pont; (3°) parce que des instructions de l'Amirauté britannique de février 1915, recommandaient aux bâtiments marchands non seulement d'user d'un pavillon neutre mais encore d'attaquer à l'aide de subterfuges les sous-marins allemands; (4°) parce que, enfin, pendant son dernier voyage, la Lusitania, *comme de coutume*, transportait des troupes canadiennes et environ 5,400 caisses de munitions "destinées à tuer de braves soldats allemands remplissant leur devoir envers leur patrie avec esprit de sacrifice et de dévouement."

Les Américains devaient plutôt rejeter la responsabilité de l'accident sur la compagnie anglaise, la "Cunard Line" qui a pris à bord des citoyens américains pour s'en faire une cuirasse et protéger les munitions de guerre, sans craindre de violer la loi américaine qui défend d'embarquer des passagers sur des bâtiments transportant des munitions.

L'absence de munitions à bord aurait, au surplus, évité l'explosion et les passagers, selon toutes les prévisions humaines, auraient été sauvés.

Voilà les faits justificatifs; voilà le coupable! Et voici maintenant la conclusion: les faits sont suffisamment importants pour se recommander d'eux-mêmes au gouvernement américain. Le gouvernement impérial réserve sa décision finale ayant trait à la destruction de la Lusitania jusqu'à ce qu'il ait reçu la réponse du gouvernement américain. Et, pour finir une allusion aux *propositions de médiation* soumises par les Etats-Unis à Londres et à Berlin comme base d'un *modus vivendi*, pour la conduite de la guerre maritime entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne, propositions qui n'ont échoué que grâce à l'attitude de la Grande-Bretagne qui a décliné leur acceptation.

Cette réponse, qui n'en est pas une, était déconcertante: elle a produit dans les cercles officiels de Washington un grand désappointement et un profond sentiment d'inquiétude. Il ne pouvait en être autrement et personne ne se dissimulait qu'elle créait une situation grave entre les Etats-Unis et l'Allemagne; loin de calmer le juste ressentiment du peuple américain tout entier, elle ne pouvait qu'accroître encore la tension existant entre les deux Etats. Elle constituait, pour les gens avisés, la faillite de la diplomatie allemande.

Devant le vide de la note allemande et en présence de l'échappatoire qu'elle cherchait, le gouvernement américain pensait, à juste titre, qu'il fallait continuer la conversation et causer sérieusement et franchement. Aussi, le 11 juin, faisait-il remettre à la Wilhemstrasse, par l'entremise de M. Gérard, son ambassadeur à Berlin, une réplique à la note allemande du 28 mai. Elle était signée de M. Robert Lansing, secrétaire d'Etat, remplaçant par interim M. Bryan démissionnaire.

M. Lansing réduisait à néant les allégations dont M. de Jagow s'était servi dans le but bien visible de gagner du temps et d'éluder des questions pressantes.

Il réitérait donc les termes de la précédente note du 15 mai, mais faisait un pas de plus en demandant au gouvernement impérial "d'adopter les mesures nécessaires à la mise en pratique des principes" formulés par le cabinet de Washington, et de "donner des assurances que de telles mesures allaient être prises."

La réplique ne discutait cette fois que le cas du Falaba et celui du Lusitania, ceux du Cushing et du Gulflight devant faire l'objet d'une prochaine note. En ce qui touche le Falaba, elle déclarait inadmissible la prétention allemande de n'avoir aucun égard pour la vie de l'équipage et des passagers des navires marchands torpillés par des sous-marins. Quant à la Lusitania, les témoignages formels et précis des fonctionnaires officiels américains apportent un démenti catégorique aux allégations allemandes: ce navire n'était pas armé et ne transportait pas d'explosifs. Que le gouvernement allemand essaie d'apporter des preuves évidentes et convaincantes que ces fontionnaires n'ont pas rempli soigneusement leur devoir!

Encore une fois, quel que soit le point de vue allemand concernant le transport des munitions à bord de la Lusitania ou l'explosion des munitions par suite du torpillage, le gouvernement des Etats-Unis se bornait à déclarer qu'un tel point de vue n'avait rien à faire avec la légalité et les méthodes employées par les autorités navales allemandes dans la destruction du bâtiment, parce que la destruction d'un navire quelconque transportant des passagers implique le respect des principes d'humanité et relègue au second plan toutes les circonstances accessoires qui sont supposées affecter ces questions.

Plus de cent citoyens américains ont péri dans le désastre et, de ce chef, en droit, le gouvernement impérial allemand encourt de graves responsabilités.

Le gouvernement des Etats-Unis soutenait quelque chose de beaucoup plus élévé que de simples droits de propriété et de privilèges commerciaux. Ce qu'il soutenait ce n'est rien de moins que les droits sacrés de l'humanité que tout gouvernement tient à honneur de respecter et qu'aucum gouvernement ne peut se croire autorisé à abandonner au nom de ceux qui sont placés sous sa protection.

En conséquence, il tenait à proclamer que la déclaration d'une zône de guerre ne diminue en rien le droit des citoyens américains qui se trouvent de passage sur des bâtiments appartenant à des belligérants. Il estimait, au surplus, que les vies des non combattants ne peuvent jamais être mises en danger par suite de la capture ou de la destruction d'un bâtiment neutre qui n'offre aucune résistance. Il affirmait non moins catégoriquement qu'il existe pour le belligérant l'obligation de prendre toutes les précautions nécessaires pour s'assurer si le navire marchand suspect appartient à l'ennemi ou transporte de la contrebande de guerre sous un pavillon neutre.

Ces principes-là sont intangibles, au regard des Etats-Unis et c'est leur respect que le gouvernement demandait à l'Allemagne.

M. Wilson a vu juste et l'on ne saurait trop le féliciter d'avoir passé outre à des scrupules excessifs: l'important est de prendre tout d'abord les mesures qu'exige l'humanité, et l'on discutera ensuite, si l'on veut, les conditions d'une réglementation nouvelle des lois de la guerre maritime.

Cette nécessité est d'autant plus impérieuse que l'on se trouve en face d'un adversaire qui s'esquive au lieu de répondre franchement et directement aux questions posées. Les nouvelles explications allemandes, datées du 8 juillet, à l'adresse du gouvernement démontrent une fois de plus avec quelle aisance l'Allemagne manie la temporisation. Quelques mots de flatterie sur les rapports séculaires américano-allemands; quelques lieux communs sur la guerre maritime, composent le préambule de la réponse dilatoire allemande.

On y lit (est-ce croyable après l'attitude des armées allemandes en Belgique, en France, et sur d'autres fronts?) des affirmations du genre de celle-ci: "l'Allemagne a toujours maintenu le principe d'après lequel la guerre doit être dirigée contre les forces armées et organisées d'un pays ennemi, tandis que la population civile doit être épargnée autant que possible par les mesures prises en raison de la guerre." Elle ne méconnait pas le principe peut-être, mais il est incontestable qu'elle se garde de le suivre.

Quant aux lois de la guerre maritime, elle semble n'en faire aucun cas. Elle se contentait d'espérer fermement que, lorsque la paix sera conclue ou peut-être plus tôt, on trouvera le moyen de fixer la loi de la guerre maritime d'une façon qui garantisse la liberté de la mer. Le gouvernement impérial assurait qu'il serait content et satisfait s'il pouvait agir à cette occasion de concert avec le gouvernement américain. Pour l'instant, c'est la guerre, et il n'y a pas de lois: l'Allemagne n'emploie pas ces expressions dans sa note, mais ses actes, sa violation réfléchie de règles les plus simples qui s'imposent à tout belligérant permettent d'affirmer que telle est, au fond, sa façon de penser!

Le passé, elle semble n'y plus songer: ce qui a été fait l'a été à bon droit: elle a été contrainte, à son corps défendant, d'adopter la guerre des sous-marins pour se défendre contre des méthodes "contraires au droit international" pratiquées par ses ennemis. La discussion des faits a fait justice des allégations allemandes, mais peu importe, elle les réédite avec la même désinvolture et le même cynisme.

Revenant au torpillage de la Lusitania, elle rejetait sur les Alliés la responsabilité de ce "terrible cas." Malgré les démentis fournis par l'Amérique et par l'Angleterre, il faut tenir pour vrai que le bateau de la compagnie Cunard était chargé de milliers de caisses de munitions: il aurait coulé moins vite s'il n'avait pas été rempli d'explosifs!

Bref, on assiste à la réédition d'une série de sophismes et faussetés depuis 20 fois réfutés et l'Allemagne pousse vraiment au-delà de ce que l'on aurait pu imaginer, la confiance dans la crédulité du monde entier et le mépris pour l'interlocuteur avec lequel se poursuit depuis plusieurs mois déjà cet étrange dialogue diplomatique.

Que proposait-elle pour l'avenir au gouvernement de Washington? Son offre était dépouillée de ses coutumières périphrases et voici la combinaison que lui a suggérée sa singulière imagination. Losque les Etats-Unis voudront envoyer en Europe un paquebot transportant des voyageurs, ils en aviseront l'Allemagne en temps suffisant à l'avance et revêtiront le navire de signes spéciaux distinctifs. Encore est-il entendu qu'ils garantiront que les bateaux ne portent pas de contrebande de guerre. Ces conditions remplies, l'Allemagne donnerait des instructions aux sous-marins pour les laisser passer.

Que si les Etats-Unis ne pouvaient trouver dans leur pays des moyens de transport suffisants pour permettre à leurs nationaux de traverser l'Atlantique, l'Allemagne ne verrait aucun inconvénient à les autoriser à employer, sous leur pavillon, un certain nombre, un "nombre raisonnable" de bateaux neutres, et, au pis aller elle pousserait la condescendance jusqu'à leur permettre l'usage de quatre navires appartenant aux belligérants.

Telles sont les propositions que l'Allemagne daignait faire! Il ne s'agit pas ici de se demander si, pratiquement, elles peuvent fonctionner: la question n'est pas là. Il faut se demander si ces offres et ce marchandage répondaient aux réclamations des Etats-Unis, et il s'agit de savoir si l'Allemagne, contrairement aux vues américaines, continuerait à couler les bâtiments portant le pavillon américain, à détruire à coups de torpilles et sans vérification préalable

les marchandises transportées sous pavillon neutre ou sous pavillon belligérant, et enfin à assassiner les paisibles citoyens de la libre Amérique voyageant sous n'importe quel pavillon?

Voilà ce qu'exigeait l'Amérique et ce qu'elle avait cent fois le droit d'exiger. Or, tout cela, on ne le leur offre pas: on l'ignore. Et à tout cela elle renoncerait si elle acceptait l'arrangement dérisoire qui lui était proposé.

Ainsi, après deux mois de pourparlers, la solution du problème n'avait pas fait un pas en avant: on piétinait sur place. Les Etats-Unis, admirables de patience espéraient toujours en la loyauté du gouvernement allemand pour l'amener à récépiscence et lui faire appliquer le minimum des règles du droit des gens maritime: leurs efforts se brisaient contre un non possumus irréductible. L'Allemagne les menait de Charybde en Scylla!

Mais, ce jeu diplomatique ne va pas sans heurts. Les Etats-Unis vont tenter un dernier effort et protester à nouveau le 24 juillet, quelques jours après le nouvel incident de l'Orduna, auquel la note n'a fait aucune allusion.

Dès les premières lignes, le gouvernement de Washington déclarait la réponse allemande fort peu satisfaisante, en ce qu'elle ne résolvait pas le différend réel qui existait entre les deux gouvernements et que, dans la grave affaire qui est en litige, elle proposait des arrangements pour une suspension partielle des principes du droit de l'humanité, suspension qui, en réalité les écartait.

L'Amérique ne refusait pas de reconnaître les conditions extraordinaires créées par la guerre actuelle, ni de tenir un compte raisonnable des aspects nouveaux et inattendus que présentent les luttes maritimes. Mais, en admettant la possibilité d'apporter, de ce chef, certains amendements aux règles existantes du droit des gens, "elle ne pouvait consentir à la diminution de n'importe quel droit essentiel et fondamental de son peuple du fait d'une simple modification des circonstances."

Il n'y avait pas lieu de discuter avec le gouvernement allemand la politique du gouvernement anglais à l'égard du commerce neutre: la conduite des autres gouvernements belligérants est étrangère à la discussion ouverte avec le gouvernement allemand sur la violation grave et injustifiable du droit des citoyens américains de la part des commandants navals allemands.

Ces actes illégaux sont indéfendables lorsqu'ils privent les neutres de leurs droits reconnus, par dessus tout lorsqu'ils violent le droit à la vie même. Persister dans cette pratique constituerait donc une offense impardonnable contre la souveraineté de la nation neutre affectée.

Aussi les Etats-Unis avaient la conviction que le gouvernement impérial désavouerait l'acte voulu par son commandant naval en coulant la Lusitania et offrirait une réparation pour les vies humaines perdues "autant qu'une réparation est possible pour la destruction sans nécessité de vies humaines par un acte illégal."

Il faut bien reconnaître d'autre part que, quand le gouvernement des Etats-Unis rappelait que, pendant longtemps, ils ont, avec l'Allemagne, lutté pour la liberté des mers, il constatait un fait qu'on ne saurait révoquer en doute. Mais lorsqu'il ajoutait que maintenant encore "ils luttent ensemble pour le même but élevé," on ne peut s'empêcher de constater qu'il a fait preuve d'un optimisme singulier ou d'une politesse vraiment excessive!

Cette réserve faite, il faut se hâter d'ajouter que, sur les points essentiels, et en rejetant les propositions nouvelles de l'Allemagne relatives à la navigation sur bateaux neutres ou belligérants des citoyens américains, le gouvernement de Washington a tenu le langage très ferme et très net qu'il convenait de tenir. Il s'exprimait sans équivoque et sans ménagements sur les suites que

produirait toute nouvelle atteinte portée par la marine allemande à la vie d'un citoyen des Etats-Unis. Dans la dernière phrase du document, son attitude n'est pas moins vigoureuse, où il déclare que la répétition par les commandants des navires allemands d'actes contraires aux droits des neutres "devra être considérée par les Etats-Unis, pour peu qu'ils affectent les citoyens américains comme délibérément inamicale."

La situation se présentait donc à cette époque avec un certain caractère de gravité et hardi aurait été celui qui aurait osé diagnostiquer l'issue de ces longs pourparlers.

On pouvait, jusqu'à un certain point, nourrir un vague espoir de voir l'Allemagne, désavouée par la plus grande partie des Etats neutres, souscrire aux injonctions loyales de l'Amérique, mais, soit mépris, soit infatuation et confiance dans ses forces, elle s'est toujours gardée de reconnaitre ses torts. Loin de faire acte de chevalerie, elle a eu un de ces gestes caractéristiques de la mentalité allemande en apposant l'insigne des braves sur la poitrine du commandant du sous-marin qui a coulé la Lusitania: n'est-ce pas une bravade lancée à la face des protestataires et la reconnaissance implicite de l'aveu de ses procédés de guerre maritime!

Les attentats, il est vrai, ont diminué dans de très fortes proportions et, à examiner les choses froidement et sans parti pris on ne peut s'empêcher de constater que les résultats stratégiques obtenus par l'emploi de ses terribles sous-marins ont été, au fond, plutôt médiocres. Le but n'a pas été atteint et n'est pas près de l'être. Ils visaient à l'isolement des côtes anglaises et de celles du Nord de la France: ils voulaient notamment empêcher le ravitaillement de l'Angleterre de se faire par les pays neutres, et les statistiques d'entrée et de sortie des navires marchands neutres dans les ports anglais et français démontrent surabondamment que le commerce international des Alliés n'a pas été atteint dans ses artères.

Comment justifier, dans ces conditions, les actes de piraterie qui ont passé sous nos yeux? On ne saurait y voir un système loyal d'offensive conforme au droit international. Faut-il penser que les Allemands n'ont eu d'autre but que d'effrayer tout le monde par de terribles menaces? Les faits semblent donner créance à cette opinion. Elle serait en tous cas conforme à la confession que faisait en février 1915, l'amiral Kirchoff dans le Hamburger Fremdenblatt. Suivant lui, l'Allemagne n'avait pas un matériel suffisant pour maintenir le blocus et le but de son action était de "porter les sentiments d'inquiétude et d'insécurité au plus haut degré, de façon à ce que les nerfs des ennemis ne puissent supporter davantage une lutte prolongée."

Cette explication nous plait: elle est tout allemande et rentre bien dans la théorie du terrorisme qui se rencontre, sur terre et sur mer, dans les actes de l'armée et de la marine allemandes.

En toute éventualité, ce n'est pas s'avancer trop que d'affirmer que ce n'est pas par considération pour la légitimité des revendications des neutres que le torpillage en mer s'est ralenti. Il faut en chercher plutôt la cause dans la tenacité de l'esprit d'initiative des Alliés qui ont su trouver des moyens de conjurer de nouveaux sinistres, en détruisant les sous-marins ennemis.

Cela ne veut pas dire que les Allemands aient renoncé à leur méthode: s'il en était ainsi, ils auraient depuis longtemps satisfait aux injonctions américaines; leur gouvernement aurait désavoué l'attentat de la Lusitania au lieu d'offrir de simples compensations pécuniaires pour la perte des vies américaines. Il ne l'a pas fait; il ne le fera jamais parce que son suffisant orgueil l'empêchera de faire la moindre concession sur ce terrain. Et la preuve qu'il n'a pas abandonné ses méthodes, ne la trouvons-nous pas dans la récente

catastrophe de l'Ancona, bateau de commerce italien qui a été détruit dans les mêmes circonstances que la Lusitania, non loin des côtes tunisiennes. Il transportait 500 émigrants, dont 420 ont pu être sauvés, grâce à l'arrivée de navires de secours envoyés de Bizerte. L'affaire de l'Ancona a ceci de commun avec la Lusitania, qu'il a été torpillé sans avis, mais elle offre cette odieuse particularité que des coups de canon ont été tirés, après la disparition du navire lui-même, sur les chaloupes de sauvetage! Dans ce naufrage, ont péri quelques sujets américains.

Le nouvel assassinat a été perpétré, d'après certains témoignages par un sous-marin qui, au moment où il a été aperçu par ses victimes, naviguait, sous pavillon allemand, pavillon qu'il aurait remplacé par les couleurs austro-hongroises, dès qu'il eut constaté la nationalité italienne du navire qu'il allait attaquer. Peu importe cette circonstance, l'acte est là et l'Autriche pressentie par les Etats-Unis a répondu, dans une note reçue, le 18 novembre à Washington, que l'Ancona fut coulé d'une manière que les Etats-Unis avaient sommé l'Allemagne déconcerte le monde entier. Il, est temps pour les gouvernements avant que tous les passagers eussent quitté le navire et elle allègue comme excuse le fait que les passagers avaient eu 45 minutes pour se sauver, et que ce temps aurait suffi s'il n'y avait pas eu de panique. Ajoutons que ce n'a pas été l'avis de M. Lansing qui a déclaré que le délai accordé ne constitue pas une excuse suffisante au torpillage qui a occasionné des pertes d'existences. Il faut donc compter avec l'imprévu et se dire que des attentats nouveaux peuvent se renouveler d'un jour à l'autre: il faut en conséquence, et coûte que coûte obtenir des garanties. Plus de paroles mais des actes, tel est le programme à adopter. Les faits sont là, qui parlent éloquemment: l'attitude de l'Allemagne déconcerte le monde entier. Il est temps pour les gouvernements des pays américains de se ressaisir et de prendre une détermination énergique basée sur autre chose que des arguments qui ne viendront jamais à bout d'un entêtement en apparence irréductible. Il est temps de ne plus faire étalage d'une longanimité qui n'a été récompensée que par le dédain de ceux qui en étaient l'objet.

Nous avons démontré qu'en fait de commerce international, de contrebande de guerre, et de blocus, le droit n'a pas réussi, par suite de circonstances qui ont été développées, à poser des règles immuables. Cela ne signifie pas qu'au-dessus du droit positif, il n'existe pas de principes qui tirent leur source des droits sacrés et intangibles de l'humanité. A ces droits aucune nation ne peut avoir la prétention de ne pas obéir, invoquerait-elle la nécessité militaire, comme le fait l'œuvre du grand Etat-Major général allemand, le Kriegsbrauch im Landkriege, herausgegeben vom grossen Generalstabe publié en 1902 (Usages de la guerre présentés par le grand Etat major général).

Il faut, à un peuple dont la tête rêve d'acquérir l'hégémonie mondiale par la force, opposer la barrière du respect des droits des nations. "Il est impossible écrit le général Bernhardi, dans la guerre d'aujourd'hui (Vom heutigen Kriege), d'améliorer à notre profit par des artifices diplomatiques la répartition de la surface terrestre telle qu'elle existe. Si nous voulons conquérir pour notre peuple la situation mondiale qui nous est due, il nous faut nous fier à notre épée." Le même auteur, il y a trois ans, annonçait l'approche de la guerre: "Malgré les paroles utopiques des apôtres de la paix et tous les beaux discours des hommes d'Etat, malgré les chaînes de papier par lesquelles la politique européenne essaie d'entraver les forces latentes de notre peuple, on entend approcher les pas de Dieu qui vont les déchirer comme des toiles d'araignée." [1]

[1] Revue de Paris, 1915, 15 mars, p. 289 (traduction).

Rien n'étonnera qu'une telle doctrine ait abouti à la violation des "chiffons de papier" signés par l'Allemagne.

L'heure est donc grave pour le Etats-Unis et pour toute l'Amérique, et les attentats commis sur son territoire contre les usines fabriquant le matériel de guerre, comme les attentats sur mer dont ont été victimes des citoyens américains, doivent les tenir en éveil et les inciter à prendre d'urgence les mesures nécessitées par la situation.

Nous nous sommes efforcés dans l'exposé impartial des faits et dans l'examen juridique des points contestés que l'Allemagne a soulevés de bannir tout esprit de parti. Nous avons scruté le passé, et regardé de face le présent: l'un et l'autre sont, pour les pacifistes un objet de profondes désillusions. Les faits sont là, indéniables dans leur évidente clarté. L'Allemagne en a implicitement reconnu l'exactitude en offrant, après dix longs mois de pourparlers, au lieu d'excuses et de désaveu que l'Amérique lui demandait de l'acte de ses préposés, une indemnité de 25,000 francs par tête pour les 115 citoyens américains brutalement engloutis dans l'Océan. Elle a même, nous le répétons à dessein, passé l'aveu de l'irrégularité de sa méthode, dans sa note du 28 février dernier, lorsque, sous les conditions qu'elle posait à l'Amérique, elle prenait l'engagement que "ses sous-marins agiraient suivant les règles générales du droit des gens."

Et les choses en sont aujourd'hui à leur point de départ, et les craintes pour l'avenir ne sont pas hélas! dissipées.

Il faut cependant faire de colossaux efforts pour sortir de la profonde ornière où la diplomatie est enlisée. Le pacifisme peut y aider * * * peut-être! Toutefois il se bercerait d'un vain espoir si, à l'heure présente, il voulait entonner l'hymne de la paix. Des résolutions toutes récentes—elles datent des premiers jours de décembre—prises par l'Angleterre, la Belgique, la France, l'Italie, le Japon, la Russie, est sorti l'engagement solennel de mener la guerre jusqu'au bout, c'est-à-dire, dans leur pensée, jusqu'à l'écrasement du militarisme austro-allemand. Ces résolutions-là seront tenues, je crois, en dépit de toutes croisades pacifiques, d'où qu'elles viennent. Ce serait donc un leurre que d'escompter les effets possibles d'une médiation entre les belligérants. La voix est au canon: elle couvrira malheureusement la voix de la paix.

C'est au moment critique, après l'affaire de Sarajevo, alors que l'orage se dessinait à l'horizon que la diplomatie aurait dû manœuvrer avec vigueur, de façon à détourner la tempête qui se disposait à balayer l'œuvre de 44 années de paix. Un arrangement était-il, à l'époque, du domaine de l'impossible? Ne pouvait-on pas recourir à l'arbitrage bienfaisant de la Cour de La Haye? Nous savons tous que, de la fin du 18e siècle jusqu'au commencement du vingtième, exactement de 1794 à 1900, sur une infinité de différends entre Etats, 180 cas ont été amiablement solutionnés par arbitres. Nous avons tous présents à la mémoire l'affaire de l'Alabama; celles de la baie de Delagoa, du Phare, des pêcheries de Behring, pour ne citer que celles-là, qui ont été pacifiquement solutionnées par l'arbitrage international.

Et, plus près de nous, les Conférences de la Paix réunies à La Haye, en 1899 et en 1907, n'ont-elles pas créé une Cour permanente dont le rôle consiste précisément à éviter les chocs entre nations? N'a-t-elle pas, en 1902, rendu sa première sentence arbitrale au sujet du différend intervenu entre les Etats-Unis d'Amérique et les Etats-Unis mexicains, relativement aux fonds pieux des Californies? Ne s'est-elle pas prononcée, le 22 février 1904, sur des réclamations des puissances contre le Vénézuéla? N'a-t-elle pas, en 1905, aplani un différend existant entre le Japon d'une part et l'Allemagne, l'Angleterre et la France, d'autre part? N'a-t-elle pas solutionné une question pendante entre

l'Angleterre et la France à propos de l'indépendance du sultan de Mascate? N'a-t-elle pas enfin, en 1909, empêché l'Allemagne d'en venir aux mains avec la France, dans la retentissante affaire de Casablanca?

D'autre part, la commission internationale d'enquête réunie à Paris le 19 janvier 1905, sous la présidence de l'amiral Fournier, n'a-t-elle pas apporté une heureuse solution à l'incident de Hull qui avait failli mettre aux prises l'Angleterre et la Russie?

Voilà certes un beau tableau! Voilà, dans les jours rouges que nous vivons, un réconfortant souvenir pour les pacifistes dont l'action est, à l'heure actuelle, enrayée.

Que d'amers regrets n'éprouve-t-on pas à la pensée que la hideuse guerre européenne, avec ses deuils, ses cruautés, ses violations éhontées du droit, aurait été évitée par un appel à la sagesse de la Cour de La Haye! Et quelle plus belle inauguration aurait pu être faite de ce grandiose palais de La Haye, érigé par la munificence de l'illustre apôtre de la Paix!

Mais ni l'Allemagne, ni l'Autriche ne l'ont voulu et les neutres doivent assister impuissants à l'horrible carnage. Si, actuellement, leurs efforts dans le sens de la paix doivent rester vains, parce qu'une paix en ce moment ne serait qu'une trêve, du moins doivent-ils exiger des belligérants le respect des droits de l'humanité.

Les droits de l'Amérique tout entière ont été outragés dans des conditions sur lesquelles nous avons suffisamment insisté. Elle a le droit et le devoir d'en réclamer la sauvegarde à l'encontre des procédés illégaux et déloyaux qui y ont porté ou qui y porteront atteinte.

Les gouvernements de tous les pays américains, entre les mains de qui tous les citoyens américains ont placé la sauvegarde de leur vie, ne doivent pas tergiverser. Ils doivent se rendre compte que la coupe est près de déborder et que les peuples américains en ont assez des procédés d'intimidation et des crimes commis contre les leurs.

Le moment est venu de prendre des mesures et d'exiger de l'Allemagne le désaveu des procédés de la guerre sous-marine entreprise contre les neutres. Il faut les prendre sans morgue, mais sans faiblesse. A la force qui viole le droit, il faut opposer une force qui le respecte et le fasse surtout respecter.

Il faut contraindre l'Allemagne à reconnaître que le droit permanent des neutres à la sécurité de la navigation en haute mer, prime le droit passager des belligérants à l'emploi de la haute mer comme théâtre des opérations de guerre.

Que notre maxime soit: "Tout pour le droit, Tout par le droit!" Il faut, à tout prix, obtenir ce que nous demandons: le respect de la vie de tous les sujets Américains en mer! Ce faisant et laissant au tribunal arbitral de La Haye, plus tard, après la guerre, le soin de fixer les indemnités dues aux innocentes victimes des criminels attentats commis sur mer, les gouvernements auront fait leur devoir, tout leur devoir et mériteront l'approbation de tous les citoyens de la Grande et Libre Amérique, et de l'humanité tout entière!

Thereupon, at 12.15 o'clock, the session adjourned.

JOINT SESSION OF SUBSECTION 1 OF SECTION VI, THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW AND THE AMERICAN INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW.

SHOREHAM HOTEL,
Thursday afternoon, December 30, 1915.

Chairman, CHARLES NOBLE GREGORY.

The session was called to order at 2 o'clock by the chairman.

Papers presented:

Should international law be codified? And if so, should it be done through governmental agencies or by private scientific societies? Papers by Simeon E. Baldwin, Arthur K. Kuhn, and Elihu Root.

The unification of international law in the American Continent, by Victor Maurtua, of Peru.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, the first topic of our consideration is one of the profoundest interest to the whole world at the present time, "Should international law be codified? And if so, should it be done through governmental agencies or by private scientific societies?" As the first speaker upon that topic I have the pleasure of calling upon a gentleman who has served as the president of the American Bar Association, as the president, substantially, of every learned society in America, and of almost every learned society in Europe, always with the highest distinction and faithfulness—a gentleman who has, moreover, been the chief justice of his good State, Connecticut, and its governor, and who is a constant contributor to the best thought of the world on international law. I have the honor and pleasure to call upon Gov. Simeon E. Baldwin.

SHOULD INTERNATIONAL LAW BE CODIFIED? AND IF SO, SHOULD IT BE DONE THROUGH GOVERNMENTAL AGENCIES OR BY PRIVATE SCIENTIFIC SOCIETIES?

By SIMEON E. BALDWIN,

Formerly Chief Justice of the Supreme Court of Errors of Connecticut and President of the International Law Association.

Mr. Chairman, ladies, and gentlemen: In arranging the program for this meeting and treating the subject which has been stated by the chairman, it was not thought best to refer to the doings of the First Pan American Scientific Congress at Santiago or of the various American international conferences

at Mexico City, Rio de Janeiro, etc., in former years, but to take up the question *de novo*, and ask whether codification is practicable, and, if practicable, how best it can be accomplished.

Let me say, in the first place, that in a gathering like this there are certain things that must be assumed. A Pan American scientific congress in the second decade of the twentieth century is not likely to engage in laying foundations for any propositions where there are foundations for it laid long since, and which, so far as we can judge, are adequate to sustain the burden.

Let me take it for granted, then, that the main office of a code is to state in clear and orderly form what has already been established; while a subordinate object may properly be to supplement what exists by adding what may be necessary to make a scientific whole.

From this starting point, let us proceed to ask if the task of codifying international law presents any insuperable difficulty.

If it does, it lies in the selection and statement of the rules which can fairly be deemed to be established. Such as have received, during a long course of time, the unqualified assent of all the great powers may properly be classed as belonging in this category. They belong there, even if some of the smaller powers disown their obligation.

Formerly, when it was an affair of the Christian powers only, the greater and the lesser countries were more strictly bound together by force of a religious tie. A more intelligible cause of union has been substituted by the admission, within the pale, of nations which, while adhering to other theories of theological belief, acknowledge similar standards of morals and civilization; but, while better defended by reason, it lacks the vital warmth of the original body of nations, devoted to the same faith.

Incontestably, however, there are rules which, through a long course of time, have received the unqualified consent of every great power, and also of a considerable number, if not all, of the lesser ones.

Were it simply to achieve the codification of these, the attempt would be well worth making. It would be to produce but a small code, and undeniably a partial one, but so far as it went it could not fail to be useful.

In our American constitutions the declaration is often found: "A frequent recurrence to fundamental principles is essential to the security of individual right and the perpetuity of free institutions." In the same spirit we may say that in the regulation of international intercourse a frequent recurrence to fundamental principles is essential to the security of the world.

In attempting to answer the question, therefore, whether international law should be codified, we are not to confine ourselves to the consideration of long and ambitious compilations. The law of evolution teaches us to make haste slowly. In ordering any great world movement—and none can be greater than one that aims to bind mankind by a common rule—we may justly be content with small beginnings. Long preparation would be demanded for a complete code of the law of nations. Much less of time and thought would suffice for framing a partial one. But is not any code, though of the shortest, better than no code? Would it not be some assurance against misunderstandings, real or pretended? Would it not render more odious any repudiation, under the stress of circumstances, of rules of national conduct previously admitted to be obligatory?

Austin, in his chapter (xxxix) on codification, has said that "it is the re-expression of existing law." So far as concerns the binding force of a code, this is doubtless true. But it gains this force by adoption, until which it is nothing but a work of literature.

Codification covers an attempt to state what is law in orderly connection with what, as to other matters, in the judgment of the codifier, ought to be law. It covers, in other words, as commonly understood, a project of a code, representing an advance on what has gone before, or perhaps a retrogression in ideals.

Sir Frederick Pollock describes what we call the rules of international law as most nearly analogous "to those customs and observances in an imperfectly organized society, which have not fully acquired the character of law, but are on the way to become law."[1] This doctrine can not be accepted in the United States, where our Constitution plainly refers to the law of nations as an existing body of obligatory rules or principles, and our courts administer it as being fully a part of our municipal law. In other words, we do not recognize it as constituted of rules in the making, which one nation may expect another to observe, but of rules already made and now governing the civilized world. Nor has America stood alone in this. The state papers are without number in which European powers have, particularly since the beginning of the nineteenth century, referred to international law as something obligatory in the regulation of international intercourse. Take the declaration of Aix-la-Chapelle of November 15, 1818, for a single instance. The great powers, Austria, Russia, Great Britain, France, and Prussia, taking part in the congress, met there to restore France to herself. Each was represented by its sovereign in person with the exception of Great Britain and France. This declaration, in which all concurred, was "never to depart, either among themselves or in their relations with other states, from the most strict observance of the principles of the law of nations."

It may be that the codification of international law to which such a congress as this might give its aid and counsel should be limited to a narrower range. Americans can best state the law of America. To look at but a single point, the International American Congress of Washington in 1890 adopted with substantial unanimity a scheme for a treaty, the first article of which declared that "the republics of North, Central, and South America hereby adopt arbitration as a principle of American international law for the settlement of the differences, disputes, or controversies that may rise between two or more of them."[2] It is true that this treaty was never, in fact, negotiated, but many other American treaties looking to the same end have since been concluded, and it is believed to be a tenable position that for one American power to make war upon another which was ready to proceed to arbitration would be generally deemed a departure from American principles.

It has been recently contended by Dr. W. Evans Darby, that of these treaties those which express what is generally known as the plan of Secretary Bryan are really steps backward, because the reports of the international commissions of inquiry for which they provide have in no respect the force of a binding decision.[3] But no decision of arbitrators binds a sovereign State, except in the forum of the national conscience and by force of the public opinion of the world. A report of the facts out of which an international controversy has arisen, made by an impartial commission, selected by the powers to the difference, after taking time for full consideration, would justly appeal to similar support.

Passing now to the second branch of the subject under discussion, it would seem to me that, so far as we can reason from the past, the safest initiators of legal statements in code form are private individuals, acting either solely by

[1] First Book of Jurisprudence, 18.

[2] Report of conference, 1079.

[3] Report of the International Law Association for 1915, 116.

themselves or through private scientific societies to which they may submit their views. The brief and terse declaration of Paris of 1856 may be regarded as an exception.

The unofficial commentaries of Gaius paved the way for the authoritative institutes of Justinian. David Dudley Field's Draft Outlines of an International Code, published in 1872, was the foundation stone both of the Institute of International Law and of the International Law Association.

Originally a single head can best conceive the general form and expression of any work of codification. One man can give it unity, but he can not give it completeness. Let him do his utmost and it will contain faults and omissions which the careful study of others, suitably qualified, will not fail to detect. I believe that in pursuing this method of collaboration, a committee of a scientific academy or association of recognized merit is more likely to achieve success than a commission constituted by public authority. Such a committee will commonly be composed of men whose training fits them for the task, and their report to the main body, which will certainly contain some men of mark, will be subjected to critical study before receiving its approbation. A public commission is more likely to be constituted of statesmen than of scholars; more likely still to be constituted of politicians than of statesmen. Such an agency of government must, of course, be invoked at some stage of the process. The work of no scientific body could safely be accepted without thorough examination by public authority. But such an examination may wisely be deferred until the efforts of private individuals and private organizations of individuals have been fully completed.

What, now, should be the aims of those seeking to frame a code, whether partial or universal, of international law?

It should be clear in statement.

It should be as brief as is possible without risking obscurity.

It should manifest a unity of conception.

It must be arranged in a simple and natural order.

These are hard conditions to meet.

To state any proposition as a rule of action, concisely, in clear terms, is no easy matter. A code must consist of a large number of such propositions, respecting the same general subject. It is desirable that they should be worded, so far as practicable, in the same style. Style constitutes literature. A code of international law, whoever may prepare it, is something to be submitted to all the peoples of the world for their approval. It should be written in a manner insuring, as far as possible, its being readily understood. It is hardly less important that it should be so written as to induce its being widely read. Its mode of composition and whole make-up should be attractive, both to legal scholars and to the general public in each country. It should not jar the mind of the reader by suddenly passing from one style of expression to another. One plan of composition must be decided on at the outset and steadily adhered to.

Some men by nature, in stating their views in writing, are inclined to be sententious; some to be epigrammatic; some unwilling to commit themselves to any proposition until they have attached to it a series of qualifications.

International law will never be well codified until it is expressed in words that flowed freely from the pen, and largely from the pen of one man only. They must be such as to meet the approval of others, and most of all the approval of time.

Festina lente must be the rule where one is trying to meet the views of all mankind.

The CHAIRMAN. Continuing the topic of the codification of international law, the chair, which had pleasure in calling upon one whom we might almost call the dean of international law among us, now turns to one of the younger scholars in international law, but one who has already won reputation in our country and in the countries beyond the Atlantic. It has been a great pleasure to the chair in taking a humble part in the various societies devoting themselves to international law both in this country and in other countries to have as a colleague, greatly appreciated everywhere, Mr. Arthur K. Kuhn, of New York, and he takes great pleasure in calling upon him to address us at this time.

SHOULD INTERNATIONAL LAW BE CODIFIED? AND IF SO, SHOULD IT BE DONE THROUGH GOVERNMENTAL AGENCIES OR BY PRIVATE SCIENTIFIC SOCIETIES?

By ARTHUR K. KUHN,

Of the New York Bar, Lecturer in Private International Law in Columbia University.

I.

The earnest longing by men of good will for an era wherein the relations between States shall be governed by a régime of law has been immeasurably intensified by recent events. To use a phrase of President Wilson: "Force everywhere speaks out with a loud and imperious voice in a titanic struggle of governments." Where is the magic force to draw order out of chaos? States to-day are permeated within by the collective desire and the coordinated purpose to maintain order and to do justice. To this end, individual interest is subordinated to the common good. How different, however, are conditions in the external relations of States.

Perhaps the organization of the world on the basis of universal empire as we find it in the first period of political development was, theoretically at least, the best suited to an universal reign of law. But the ancient empires which attempted to govern the world, whether from Persia, Egypt, Greece, or Rome, were colossal autocracies and accomplished order without liberty at the expense of all but the ruling class. The second period is exemplified by the feudal system of the Middle Ages. Each race or tribe enjoyed independence in a loosely organized state of society where individual liberty soon gave way before the aggression of strong individuals. Its culmination was the formation of numerous petty States, intensely jealous of one another, subject to many disturbances within and tending toward perpetual strife without. The condition of Europe at the time of the Thirty Years' War is well described as "a complex product of race affinities, dynastic interests, and religious antagonisms from which every bond of unity had disappeared."[1]

The third period—that in which we now find ourselves—is characterized by national unity through dynastic and political consolidation, a more effective organization from within and an equilibrium more or less stable, resulting from

[1] Hill, A History of European Diplomacy, II, 569.

the theory of the equality of States. The third period resulted from the intolerable conditions of the second, just as the second had developed because of reaction against the first. But the present organization of the world is fortunately characterized by something further, not ascribable to the mere morphology of state. It lies in the progress of the mind of man, in the advance of human nature as a whole, in a corporate conscience evolved, although imperfectly articulated. Grotius was the first to discern this latent force and work it out in practice so as to be acceptable to the intelligence of rulers. He tells us that in the Thirty Years' War he "saw prevailing throughout the Christian world a license in the making of war of which even barbarous nations would have been ashamed."[1] To control this license, he gave to the world what, in its final analysis, proved to be a code based upon precedents which he believed he saw in ancient authorities, both secular and lay. Though without legislative sanction and lacking both physical force and administrative organization, the Grotian system has had immense influence upon the relations and conduct of rulers down to the present time. In the three centuries which have elapsed the nations have from time to time striven to elaborate, in systematic form, systems of conduct in certain of their relations during peace and war, sanctioned, however, only by their own pledges of faith. With this achievement recorded the history of progress in international relations terminates, and until a new step forward is taken, no new chapter can be written.

David Dudley Field, in the preface to his International Code, says that a code is a digest of law molded into distinct propositions and arranged in scientific order. An international code in the strict sense is impossible unless law is interpreted as an obligatory rule of action with some authoritative power to construe, as well as some operative force to execute. Even Grotius must have recognized this when he foresaw that it was imperative to have the controversies of nations terminated by the decision of others not interested and suggested an effective international agency "in which measures may be taken to compel the parties to accept peace on equitable terms."[2]

Perhaps the world is now ripe for this next stage in its political evolution. Recent events and present experience demonstrate that the intensive development of State sovereignty which began with the peace of Westphalia in 1648 has now culminated in an exaggerated national consciousness, dangerous to the peace of the world. It was firmly believed that the growth of the national idea was continued along safe pathways by the congress of Vienna in 1815, the congress of Paris in 1855, and the conference of Berlin in 1878. Though each nation sought its individual advantage, each also exercised a measure of self-restraint. As Sir Travers Twiss remarked of the congress of Vienna, it inaugurated the principle that the States owe to the community of nations duties to which their special interests must be subordinated.[3] But the delicate adjustments accomplished by these congresses were in each case disregarded as soon as the balance of power which sanctioned them was disarranged. Even the limited codifications of international practice undertaken in times of peace, as at Paris in 1856, at Brussels in 1874, and at The Hague in 1899 and 1907, require the same restraint for their interpretation as was exercised in their elaboration. The codification of an international system as an entirety must remain a task of academic achievement until the sovereignties of the world are willing to limit the "national idea" by the surrender of part of their sovereign powers in the interest of the common good. So long as imperialistic ambitions

[1] Prolegomena, XXVII.
[2] Book II, Chap. 23; Whewell's edition, Vol. II, p. 406.
[3] Revue de droit international, XVII, p. 201.

flourish in the councils of great powers just so long will efforts toward codification be thwarted by a play for advantages. In the absence of world federation codification must depend upon uberrima fides not only in the elaboration of the system but also in its subsequent interpretation. When that fails the whole structure falls together like a house of cards. So long as national self-interest alone rules the conduct of States, codification can neither be satisfactory nor permanent. Indeed it may sometimes be dangerous, for if the discussion of the minutiæ of a code of international law is to be accompanied by considerations of the effect of each rule upon the political situation of the individual State, the elaboration of such a code, at least after it has passed the academic stage, is apt to be the cause of suspicion and friction, tending toward dissension where before there was none. The volte face which occurred between the first and second Hague conferences in the policy of some countries on certain of the questions—e. g., on the rules of aerial warfare—can be explained only by a change in the military situation of certain States. Similarly, the failure to ratify the Declaration of London may be laid at the door of naval strategy. Its rapid and successful elaboration is in no small degree to be ascribed to the fact that the tribunal for its interpretation and application had already been agreed upon. But, as Sir Henry Campbell-Bannerman remarked, it seemed too much to expect that the nations would give it consideration without any political arrière pensée.

So long as this spirit prevails, codification soon loses its chief advantages, that of crystalizing practice and making the indefinite, definite and certain. In the note dated September 24, 1915, from the Austro-Hungarian minister of foreign affairs to the ambassador of the United States at Vienna relating to shipments of munitions of war it is said:

> A certain danger attaches to the gradual codification of international law, inasmuch as the wording of the conventions governing the laws of nations might be considered as more important than the elementary principles underlying these laws when they have not been specificially formulated in international treaties.

But if the code is not to be final, what is to be final? It confirms the fact that when codified law clashes with momentary national self-interest, there is no assurance, in the present organization of the world, that an ex parte claim will not upset the finality of codification at any point in the system.

Recent experience does not even permit us to assume that the existing codification of the laws of war has either limited its scope or mitigated its horrors. On the contrary, at a period when the codification of this part of the law of nations has been elaborated to a detail never before known, and in part ratified officially, we are witnessing, under the guise of reprisals, the use of the cruelest agencies of warfare. Was Moltke right after all when he wrote Bluntschli in 1880 ascribing all progress in the conduct of war since the Thirty Years' War solely to the sense of justice and honor prevailing among those who conduct war and not to codified laws?[1] It must, indeed, be admitted that his statement that no neutral would take up arms simply because the laws of war had been violated has been confirmed by the most recent events. Let us learn from experience, even though the lesson be bitterly disappointing. Let us not lull ourselves into a sense of false progress, but realize that some authoritative international agency, not necessarily a single tribunal, with effective means to pass judgment upon every breach, if not to enforce penalties, must be created before any codification, no matter how perfect, can gain respect or accomplish its purpose. Only then will codification have taken on the character which

[1] Bluntschli's Memoirs, III, 471–473.

Bentham considered indispensable, of being "the common and equal utility of all nations."

The conclusion to be drawn from the foregoing is not that codification is undesirable. On the contrary, the whole tendency of modern jurisprudence is in its favor. The whole of continental Europe and the whole of Latin America have long regarded codification as essential to the certainty of justice and in no wise inconsistent with progress in jurisprudence. Even the Anglo-American sphere of jurisprudence has in recent years evidenced a marked appreciation of its advantages. In the United States codification is progressing as part of the movement for uniformity in State legislation. How can it fail to serve in the international field where unity and certainty are the chief desidirata? Our point is, that codification in order to be effective must proceed hand in hand with the establishment of an international forum. If the nations are unwilling to surrender a part of their sovereign will by placing the interpretation of the code within the competence of independent jurisdiction, the code will tend toward becoming in the stress of actual events only a standard of ethical ideals to which all are willing to subscribe but none to observe. The codification of international practice must be subordinate to and regulated by the nature, functions, and powers of an international magistracy, though not necessarily a single tribunal. No true code can subsist apart from the instrumentalities of its enforcement. The elaboration of a substantive code, independent of the establishment of the forum and its procedure, reverses the course of legal development and postpones rather than accelerates the triumph of international law.

II.

It follows from the previous discussion that wherever, from the nature of the subject matter, national fora are competent to determine controversies, codification may proceed without regard to new instrumentalities of enforcement. Thus in that broad field of jurisprudence which regulates the international commerce of the world in times of peace, political considerations seldom, if ever, enter into legislative policy. Rights of private international law may find their ultimate sanction in the international obligations of States (as some maintain), or they may be entirely free of any conflict in sovereignty (as others maintain). Whatever may be the true view, all will agree that these problems are not regarded by governments as in any manner affecting their political integrity or safety. As one writer has said, they never trouble the external relations of States nor cause the slightest ruffle of care upon the brow of a diplomat.[1]

A discussion of principles in the elaboration of codes in this field may proceed not only without danger of suspicion but with very considerable advantage to international good will. Codification in this field does not mean uniformity of substantive law, but uniformity in the selection of law, no matter in which nation the controversy is ultimately determined. It is a form of cooperation between nations in their administration of justice, which latter, in the most enlightened concept of the State, constitutes one of its most essential functions.

Consider for a moment the administration of criminal justice. Does not the security of society in all countries suffer for lack of uniform and certain processes existing between all nations for the extradition of criminals? A codification in this field, even though resulting first in only modest accomplishments, would tend to elevate the majesty of law in all countries and draw together the governments of the world in the execution of a common purpose.

---

[1] Aubry, Jour. de droit int. privé, 1901, p. 651.

A code of private international law has been in operation among the countries of continental Europe for nearly 20 years, notwithstanding their political jealousies and the variances in their systems of legislation. The administration of justice is consequently more closely coordinated between those nations in many respects than between the States of the American Union.

The labors of the international American conferences, beginning with the first meeting at Washington in 1889, endeavored to elaborate such a system for the Western Hemisphere. Unfortunately, our Federal system of government presents constitutional difficulties in the way of the official adoption of many of these projects, but it is to be hoped that the growing commerce between the American nations will result in the elimination of these impediments, perhaps through a wise cooperation between Federal and State legislation. The fourth conference at Buenos Aires in 1910 wisely adopted the line of least resistance in concentrating attention upon the international law of industrial property.

III.

In order that the codification of the laws of peaceful commerce and intercourse should receive the widest possible acceptance among the nations, and not remain the result of the à priori reasoning of a comparatively small group of individuals, it is of the utmost importance that it take root in the practical life of the nations. The various projects should be subjected to analysis and practical criticism not only by jurists and publicists, but also by leaders in commerce and by men of affairs. National societies in the particular branch of commerce affected by each codification should be consulted and even be represented by delegates upon the drafting committees. Mr. Root has well said: "The substantial work of international codification is not merely to state rules, but to secure agreement as to what the rules are, by the nations whose usage must confirm them."[1]

The modus of codification of international maritime law as it has been proceeding for many years may well form a model for other branches. National societies of maritime lawyers, shippers, shipowners, and insurers have appointed delegates to an international maritime committee, which meets at intervals for the adoption of rules in plenary sessions. The results are subsequently submitted for approval or modification to an official diplomatic congress. International treaties relating to collisions, assistance and salvage, and safety at sea have thus been ratified by many of the maritime nations and are now in force. New subjects are continually being placed upon the agenda of the international committee, so that in time we shall doubtless have a maritime code resting upon the solid foundation of common utility.

In conclusion, may we venture to emphasize the importance of being satisfied with modest advances. It is better that a few principles be settled by official sanction than that a compendium should remain forever in the projet stage. Fiore,[2] himself a master of codification, has expressed it as far better to advance step by step, taking advantage of opportune circumstances, in the confident expectation that civilization, progress, and the connexity of commercial relations will gradually embrace in codified forms new matters of commercial international interest. Pas à pas, on va bien loin.

Résumé.

I. Progress toward an international régime of law must henceforth be sought in emphasizing its obligatory character rather than in further extending its detail. The desirability of immediate codification of international law depends

[1] Proceedings of Amer. Soc. of Int. Law, 1911, p. 21.
[2] Droit int. codifié, 1911, p. 75.

upon whether, in the particular branch, agencies for its enforcement already exist, or whether its interpretation in the last analysis lies only in the sovereign will of the individual nations. Where the latter is the case, as, for instance, in respect of the laws of warfare, codification should be undertaken only hand in hand with the organization of international agencies with authoritative power. The nature of law is generally dependent upon the organic character of institutions. Codification in the field mentioned, in order to be permanently effective, must receive its direction and character from the structure and modus agendi of the agencies intended to enforce it.

II. In those branches of international law which do not concern the rights and duties of nations qua sovereigns, no international agency or forum is essential to its obligatory character. Accordingly, codification may proceed there without danger of political arrières pensées either in elaboration or construction. Codification combines uniformity with certainty and is particularly desirable, therefore, in the regulation of peaceful commerce between nations and in the coordination of the national systems of justice. It promotes the advent of an international basis of civilized society.

III. The modus of codification should be such as to gain for it, when once accomplished, the widest possible acceptance and the greatest possible utility. To this end it should take root in the political life of the various nations. National scientific societies in the particular branch of intercourse should be represented by delegates upon the central drafting committees, and the result of their labors should then be submitted for modification and approval to official diplomatic congresses. The international American conferences have performed much valuable pioneer service in the preparation of projects in various fields of international law. Diplomatic conferences should now be authorized to meet at intervals to recommend for adoption the more matured portions. The rapprochement of the European nations upon private international law has resulted in a cooperation in the administration of justice closer in many respects than that existing between the States of the American Union. The American nations, being free from the sources of political jealousy prevalent in Europe and possessing common ideals of liberty and democracy, must ultimately find in codification a uniform and systematic basis for their international relations.

The CHAIRMAN. Gentlemen of the congress and ladies and gentlemen, some of us have dreamed of an ideal statesman, and we have thought of him, first, as one who serves the public earnestly and devotedly, letting advancement take care of itself, so far as he himself is concerned. We have thought of him as a man of undoubted integrity, of wide experience, of profound scholarship, of a mind tenacious, resourceful, steadfast. We have thought of him as a man capable of leading a great legislative body so that he there established a standard of public service and public duty. We have thought of him as a man who at the head of a cabinet could administer as well as discuss and could there leave a standard never surpassed. We have thought of him as a man who could preside over and direct a great constitutional and constructive convention in a way at least to command the admiration of his country. I am deeply honored and profoundly happy to present here one who conforms in every particular to these dreams of an ideal statesman and public man, our beloved fellow citizen, Hon. Elihu Root.

SHOULD INTERNATIONAL LAW BE CODIFIED? AND IF SO, SHOULD IT BE DONE THROUGH GOVERNMENTAL AGENCIES OR BY PRIVATE SCIENTIFIC SOCIETIES?

By HON. ELIHU ROOT,

President of the American Society of International Law.

Mr. Chairman, ladies, and gentlemen, I shall not at this hour detain you by any extended remarks, and I should apologize for having no prepared address. The subject is one which is very interesting to me and must be very interesting, I think, to every one who thinks about international affairs or who thinks about the possibilities of the future of his country. Should international law be codified? And if so, should it be done through governmental agencies or by private scientific societies? If that means should we undertake to put the law of nations into a single body, which shall be the rule and guide for international relations, I think we must answer, "No; that it is impossible at the present time." Mr. Field made a valiant attempt and Bluntschli a great effort, but the formation of international law, still in its infancy, is a process only just begun, and it has not reached a point where the rules can be embodied in a code. On the other hand, codification, considered not as a result but as a process, seems to be plainly should be attempted and pressed forward and urged with all possible force.

It is curious that codification should be especially necessary in a system of law which is based upon custom more exclusively even than municipal law, but that is necessarily so in the case of the law of nations, because there are no legislatures to make the law, and there are no judicial decisions to establish by precedent what the law is. One great weakness of international law has been that to ascertain what it was you have to go to text writers and to a great variety of statements, differing, inconsistent, many of them obscure and vague, capable of different interpretations, so that the instant the occasion for the application of a law arises there is pressed upon the conflicting or disputing nations the question as to what the law is, without any clear and definite standard from which to ascertain it.

Recent events, or rather the realization of the truth which comes from a great war in Europe, compels us to consider the great shortcomings of what we think of as international law, to consider how narrow the field which it covers, how vague and uncertain it is within that field, and how difficult it is to compel in any way a recognition of its rules of right conduct. There is but one way in which that weakness of international law can be cured, and that is by the process of codification, a process which must extend through long periods, which has been going on very gradually for many years. The declaration of Paris was a little bit of codification. The three rules of the treaty of Washington constituted a little bit of codification as between the United States and Great Britain, and they have been in substance accepted and adopted by the nations of Europe at The Hague. The Geneva convention covered a certain field by codification, and The Hague conventions a much wider field. So I say, considered as a conclusion, there can be no codification; but considered as a process, there must be codification—codification pressed forward and urged on by all possible means.

The very fact that there are no courts to establish precedents and no legislatures to make laws makes this necessary. All international law is made, not by any kind of legislation but by agreement. The agreement is based upon

customs, but the ascertainment and recognition of the customs is the subject of the agreement, and how can agreement be possible unless the subject matter of the agreement is definite and certain?

I say that recent events indicate that we must press foward codification. I can go a step further than that. The changes in the conditions of the earth, the changes in international relations which have been so rapid in recent years, have outstripped the growth of international law. I think it quite right to say that the law of nations does not come so near to covering the field of national conduct to-day as it did 50 years ago. The development of international relations in all their variety, in the multitude of questions that arise, goes on more rapidly than the development of international law; and if you wait for customs without any effort to translate the custom into definite statements from year to year, you will never get any law settled except by bitter controversy. The pressing forward of the codification of international law is made necessary by the swift moving of events among nations. We can not wait for custom to lag behind the action to which the law should be applied.

Mr. Chairman, I want to express entire harmony with what Gov. Baldwin said a few moments ago upon the other branch of this question, as to whether codification should be by governmental agencies or by private societies. It is not practicable that governments should do the threshing out of questions necessary to reach a definite statement of a conclusion. That has to be done with freedom from constraint by the private individual doing his work in a learned society or in private intercourse. I think it is not generally understood that the first conference at The Hague would have been a complete failure if it had not been for the accomplished work of the Institut de Droit International. The first conference was called by the Czar of Russia to consider and agree upon disarmament. It was called with expressions of the most noble character, which, if they could have impressed themselves upon the minds and hearts of Europe, would have rendered impossible the terrible sacrifices that are now going on. The conference was called for the purpose of agreeing upon disarmament, and for the purpose of averting what the Czar saw coming in the future and which has now come. But there were Powers in Europe which would not have it. They refused to enter a conference for the purpose of considering that subject. Something had to be done. Here was a conference called by this great Power about to meet, and something had to be done, so they took the accomplished work of the Institut de Droit International, which had been threshed out through the labors and discussions of the most learned international lawyers of Europe, including most of the technical advisers of the foreign offices of Europe meeting in their private capacity, and embodied it in the conventions of the First Hague Conference. It would have been impossible for the Hague Conference to do that work or one tithe of it if they had not had the material already provided.

So I think it is quite clear that the process of codification, step by step, subject by subject, point by point, must begin with the intellectual labor of private individuals, and it must be completed by the acceptance of governments. All of the hundreds of thousands of pages that have been written upon international law by the private individuals go for nothing unless Governments accept them. A wilderness of text-writers one has to wander through in endeavoring to get at what the law of nations is, and all that they wrote is of no consequence, except as it exercises a force in bringing about action and agreement by the Governments of the earth. So, Mr. Chairman, this process must have both private initiative and governmental sanction.

Mr. Chairman, there is one other subject which I think we should consider in dealing with the subject of codification, and that is this: Are the small nations of the earth to continue? Is it to be any longer possible for the little people to maintain their independence? That is a serious question with many of us in this joint meeting of the society and subsection 6 of the Pan American Congress and the American Institute. The large nations can take care of themselves by the exercise of power, if they are willing to be armed to the teeth always; but the small countries—what are they to do? There is no protection for them but the protection of law! And there is no protection in law unless the law be made clear and definite and certain, so that a great bully can not escape it without running into the condemnation of that law. So I say that every dictate of humanity should lead us to urge forward that process by which in its better moments mankind may be led to agree to the setting up of clear and definite and distinct rules of right conduct for the control of the great nations in their dealings with the small and weak.

The presence here of Dr. Maurtua, whom it is a great pleasure for me to hail as a colleague in the Faculty of Political and Administrative Science of the University of San Marcos, at Lima, and of the distinguished Ambassador from Brazil, my old friend from Rio de Janeiro, leads me to say something which follows naturally from my reflections regarding the interests of the smaller nations. It is now nearly 10 years ago when your people, gentlemen, and the other peoples of South America, were good enough to give serious and respectful consideration to a message that it was my fortune to take from this great and powerful Republic of North America to the other American Nations. I wish to say to you, gentlemen, and to all my Latin American friends here in this congress that everything that I said in behalf of the Government of the United States at Rio de Janeiro in 1906 is as true now as it was true then. There has been no departure from the standard of feeling and of policy which was declared then in behalf of the American people. On the contrary, there is throughout the people of this country a fuller realization of the duty and the morality and the high policy of that standard.

Of course, in every country there are individuals who depart from the general opinion and general conviction both in their views and in their conduct; but the great, the overwhelming body of the American people love liberty, not in the restricted sense of desiring it for themselves alone, but in the broader sense of desiring it for all mankind. The great body of the people of these United States love justice, not merely as they demand it for themselves, but in being willing to render it to others. We believe in the independence and the dignity of nations, and while we are great, we estimate our greatness as one of the least of our possessions, and we hold the smallest State, be it upon an island of the Caribbean or anywhere in Central or South America, as our equal in dignity, in the right to respect and in the right to treatment of an equal. We believe that nobility of spirit, that high ideals, that capacity for sacrifice are nobler than material wealth. We know that these can be found in the little State as well as in the big one. In our respect for you who are small, and for you who are great, there can be no element of condescension or patronage, for that would do violence to our own conception of the dignity of independent sovereignty. We desire no benefits which are not the benefits rendered by honorable equals to each other. We seek no control that we are unwilling to concede to others, and so long as the spirit of American freedom shall continue, it will range us side by side with you, great and small, in the maintenance of the rights of nations, the rights which exist as against us and as against all the rest of the world.

With that spirit we hail your presence here to cooperate with those of us who are interested in international law; we hail the formation of the new American Institute of International Law and the personal friendships that are being formed day by day between the men of the North and the men of the South, all to the end that we may unite in such clear and definite declaration of the principles of right conduct among nations, and in such steadfast and honorable support of those principles as shall command the respect of mankind and insure their enforcement.

The CHAIRMAN. The Chair takes great pleasure in presenting Dr. Victor Maurtua, of the University of San Marcos, at Lima, Peru, who will speak to us along the line of what has already been discussed respecting the unification of international law in America.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTINENTE AMERICANO.

Por VÍCTOR MAURTUA,

Profesor de la Universidad de San Marcos, Perú.

Como profesor de la Universidad de Lima, no he querido que la importante subsección de Derecho Internacional de esta Sección VI clausurase sus sesiones sin haber tenido la oportunidad de expresar la opinión de aquel centro docente en materia de tanta trascendencia.

Voy a hacer una exposición muy breve, indicando las tres ideas que presenta a este Congreso la Delegación del Perú. La primera se refiere a los deberes que impone el derecho internacional a los países de este Continente como consecuencia del actual conflicto europeo. Nos parece que este Congreso Científico està en la obligación de revisar los principios mentales y morales en que se funda el derecho internacional, ampliándolos de tal manera que aseguren la paz y existencia harmónica de todo el universo.

En mi concepto, en el concepto de los pensadores, el concepto del derecho se ha derivado de la necesidad de asegurar la mayor suma de bienestar por todos los medios posibles que la ciencia tenga a su alcance.

Los tratadistas de derecho internacional tanto de América como de Europa se han limitado a establecer reglas más o menos empíricas, más o menos abstractas, pero no han introducido en el derecho internacional elementos prácticos, no han basado sus principios en ninguna construcción elevada, y tanto este Congreso Científico como los congresos o conferencias científicas que en lo sucesivo se celebren deben procurar revisarlos. Debe también generalizarse el conocimiento de la materia de modo que sea accesible no sólo a los elementos directores sino al pueblo mismo.

Mr. Root dijo precisamente en la Universidad de Lima, que en América no sería respetada una institución sino cuando se funda en sentimientos de justicia, cuando prevalece en el pueblo la convicción de su conveniencia y necesidad.

Debe pues generalizarse la enseñanza del derecho internacional comenzando su instrucción desde las escuelas primarias hasta las universidades.

Las enseñanzas de la guerra europea para este Congreso Científico y para los pensadores de América consisten sobre todo en la necesidad de inculcar al pueblo en general el respeto al derecho, de modo que tenga perfecto conocimiento de ello.

Debe procurarse también que el derecho político de las repúblicas sudamericanas, que no se diferencia sustancialmente del derecho político de los Estados Unidos, porque todos se fundan en la forma republicana, sea objeto de estudio conjunto, pues mientras en algunos países se practica el voto directo, en otros prevalece el sistema del sufragio indirecto; mientras en unos hay una división más marcada de poderes, en otros esta división es menos aparente, debiéndose procurar que la revisión de esta importante rama del derecho dé por resultado el que resida en el pueblo la facultad de hacer guerra o concertar la paz.

Así quedará realizado el supremo ideal no solamente de harmonización de los intereses económicos, y de los principios igualitarios, sino que la paz continental quedará asegurada.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, this concludes the program for the afternoon, and the meeting will stand adjourned.

Thereupon the session adjourned at 3.45 o'clock.

SESSION OF SUBSECTION 2 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Friday afternoon, December 31, 1915.

Chairman, SIMEON E. BALDWIN.

The session was called to order at 2 o'clock by the chairman of the section, Dr. James Brown Scott, who introduced the chairman of the subsection, Judge Simeon E. Baldwin.

INAUGURAL ADDRESS.

By SIMEON E. BALDWIN,

Professor of Law, Yale University.

The section in which we are included is to deal partly with international and partly with municipal law. To us has been assigned something that, in a sense, lies deeper than either. On the public law of the world is built up its international law and its whole jurisprudence.

Why are the rules of private law binding upon individual men? Because they conform to the rightful will of the sovereign, to whom recourse must be had to secure their enforcement.

But whence comes to him this right of willing and enforcing? It is a necessary part of his sovereignty, and the definition and nature of sovereignty is to be found in public law.

Sovereignty is not without its limits. Public law prescribes them. Its fundamental principle in this respect has come to be that government is instituted for the ultimate benefit of the people who are subject to it. Public office, even when held by kings and emperors, is a public trust. A trustee is accountable to those for whose benefit he holds his position. He must not assume to create unwarranted relations between them and him or between them to each other.

To ascertain what relations are warranted, we must dig deep. We must proceed with caution, lest we destroy the sources of vitality. We must define before we explore.

TOPIC NO. 1.

Hence there has has been propounded as the first topic which we are to consider, that on which all the others must depend, "The Preferable Definition of Public Law." If this Congress can here add in any measure to that precision of expression which ought to characterize the description of every great body of rules for human conduct, it will accomplish a substantial advance in legal philosophy.

We can not be unmindful of the difficulties of the task. Omnis definitio periculosa est.

We certainly can not literally accept that which Rome has left us: "Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem."[1] Lord Bacon has given it the support of his great name, in one place in his writings, with the gloss that jus privatum is the sinews of property and jus publicum the sinews of government. In another place he has given a freer definition of his own. Public law, he says,[2] is the protector of private law, "guarding against its violation, seeing to it that no wrongs are done, extending its domain to religion and arms and discipline and adornments and property; in fine, to all that surrounds the well-being of the State."

Most of the more modern phraseology used to describe public law looks to it, as Bacon did, as a body of rules of municipal conduct. Sir Frederick Pollock sums it up as that which constitutes the active interference of the State with the enterprises of private men.[3] Holland regards its chief constituents as constitutional law, administrative law, criminal law, and criminal procedure.[4]

But is there not a higher and wider field of public law? May it not, in America at least, properly include such rules of human conduct as are now universally agreed to by civilized peoples in respect to their modes of intercourse? Does it not, in such respects, underlie the modern law of nations, as peoples always underlie the States which they set up for their protection?

Its vital breath seems to me its universality. It may not be taught, in this sense, in the institutes of any nation. But the institutes of science are a meager source of information as to its progress and development. Public law grows at one era gradually and slowly, at another by leaps and bounds. Those who attempt to study it may well accept Lord Bacon's advice, given in one of his legal aphorisms (Aph. LXXX): "Jus publicum in institutionibus ne attingito; verum illud ex fontibus ipsis hauriatur."

To ascertain the state of American public law, it may be more worth while to consider the language of our state papers than the pronouncements of scholars in academic treatises.

Let us consider one of these.

President Lincoln, in his message of December 8, 1863, discussed the question whether an income tax could be laid on consuls for foreign nations residing in the United States. There were acts of Congress which required it; but were not those statutes just causes of complaint by foreign governments? He recommended a change in the statutes bearing on the subject, as a matter of comity, even if it should be thought that, as they stood, the action of the Treasury officials might "not in strictness be in derogation of public law."

Evidently here public law is used to embrace something only remotely approaching the domain of international private law. And what are the bounds of each as related to the other? We are invited to study them by the next topic on our list.

TOPIC NO 2.

Any view of the "relations of public law to international private law" must depend much on the definition of public law which may best merit approval. In any case, however, public law lies behind and governs international private law. It is clearly so as to matters of a merely municipal character and origin. Is it not a corollary that it must govern, in regard to those where the rules of different nations are not in harmony, and claims under those of one of these are set up against those of another?

---

[1] Inst., I, 1, 4.
[2] Works, Ed. of 1803, VII, 440; Aphorisms 3, 4.
[3] First Book of Jurisprudence, 92.
[4] Elements of Jurisprudence, 10th ed., 358.

Treaties express the conventions of nations, but public law interprets their expressions and sets practical limits to their scope of operation.

So far as ascertaining the meaning and intent of international treaties regulating private rights, this position seems to need no defense. But may it not cover also a decision on the legal effect of a treaty or other act of state expressed in such plain terms as leave no doubt or question of interpretation?

Let us again follow Lord Bacon's advice and look at a particular case in recent American history. It is the veto message of President Hayes in 1879 as to a bill to exclude any and every Chinese laborer from the United States. He held that it would be, if passed, a breach of the treaty with China. It was argued that China had violated some of its provisions, and therefore the United States could, by congressional action, declare itself no longer bound by them. "But," said the President, "if such a breach of obligation may justify the position that the whole treaty is of no further force, it can not justify the position that any particular part if it, severed from the rest, may be denounced. Public law recognizes the fact that the whole of the treaty must be declared at an end, if any of it is to be thus treated."

This incident also illustrated one great quality of difference between public law and both public international law and international private law. Public law is in a sense unilateral. It was in that sense that President Hayes invoked it. It did not speak in the language of contract. Its precepts did not rest on any agreement between China and the United States. The President referred to what had, so far as it affected an act of state concerning foreign relations, an international aspect unconnected with any international convention.

Public law, thus considered, does not rest on the agreement of contracting powers, but such an agreement may rest on public law.

Thus when Mexico and the United States made their treaty of 1853, it provided that (Art. I) the boundary line between them "shall, in all time, be faithfully respected by the two Governments, without any variation therein, unless of the express and free consent of the two, given in conformity to the principles of the law of nations and in accordance with the constitution of each country respectively." Here is a reference to the public law peculiar to each State as expressed in its constitution. But in a later article (Art. VIII) to regulate the construction of a projected railroad across the Isthmus of Tehuantepec, Mexico declared that "the Mexican Government having agreed to protect with its whole power the prosecution, preservation, and securing of the work, the United States may extend its protection as it shall judge wise to it, when it may feel sanctioned and warranted by the public or international law." Here public law is contrasted with international law.

TOPIC No. 3.

Next comes the consideration of public law as affecting legal procedure in civil causes.

In the development of jurisprudence it often seems to take a course which if not unnatural, is irrational. It appears to put remedies before rights, rather than rights before remedies.

Public law recognizes more distinctly than does jurisprudence that procedure may reasonably become a right, and a right of an exclusive and permanent character. The right of trial by jury in criminal cases; the right of being heard in defense on a criminal charge;; the right of exemption from attainder—these have become essential elements of criminal procedure on the American Continent by incorporation into the written public law.

The unwritten public law is not less far reaching in both criminal and civil causes.

It demands for every party to a lawsuit a "day in court." A judgment against one ignorant of the pendency of the suit, and not legally chargeable with notice of it, is void.

Authorities may differ as to the reason for this. Some would say that the proceeding was a nullity, because conducted in a manner "contrary to the first principles of justice." In the United States others may prefer to attack it as involving the rendition of a judgment without "due process of law."[1] On either theory public law is the rule of decision. On the first it is unwritten; on the second, written. To me the unwritten seems the surer support. To deny a defendant an opportunity to be heard, even if he be an alien enemy, has been held by the Supreme Court of the United States to be destructive of the legal process, because "it would be contrary to the first principles of the social compact and of the right of administration of justice."[2] Substantially the same view was taken in a recent case by the British Prize Court.[3]

It has been the fashion of European jurists to deny the existence of such a thing as a social compact at the foundation of civil government. They say that the theory which supposes it is without a base and historically unsound.

An American conference on public law can not forget that as early as 1639, soon after the trial of the ship money case against John Hampden, and on the eve of the civil war in England, such a compact, in apt form and effect, was actually made by a body of the inhabitants on the western frontier of New England, which proved the mother of American constitutions. "We," they said, "well knowing where a people are gathered together, the word of God requires that, to mayntayne the peace and union of such a people, there should be an orderly and decent Gouernment established according to God, to order and dispose of the affayres of the people at all seasons as occation shall require; doe therefore assotiate and conjoyne ourselves to be as one Public State or Commonwealth."[4] This was the beginning of the Colony and State of Connecticut, which has ever since maintained a continuous existence.

No sovereign was here acknowledged except the God that is over all; and it was His rules of order and justice which these founders here agreed to make the measure of their freedom.

Coleridge once said that "the thrusting of immutable principles of morality into the province of law and assuming them as the only legitimate basis of politics is the essence of Jacobinism." American public opinion, if one can judge by its fruits, regards it as the essence of liberty. But we should not forget that in applying and interpreting public law the courts are exercising powers very close to sovereignty, and in some cases hardly distinguishable from political.

The Dred Scott case in the Supreme Court of the United States[5] may be taken as a type, though no doubt an extreme one. Referring to it, President Lincoln used these words in his inaugural address, delivered shortly after the outbreak of the Civil War:

> The candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions

---

[1] Pennoyer *v.* Neff, 95 U. S., 714, 732, 733.
[2] McVeigh *v.* United States, 11 Wall., 259, 267.
[3] The Möwe. See Am. Journal of Int. Law, I, 658.
[4] Colonial Records of Connecticut, Vol. I, p. 20.
[5] Scott *v.* Sanford, 19 How., 393.

of the Supreme Court, the instant they are made in ordinary litigation between parties in personal actions the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal.

Canada has sought to lessen the chances of a miscarriage of justice in cases between private individuals affecting the public right by requiring the parties to notify the attorney general whenever any point of constitutional law arises and providing for hearing from the State through him.

TOPIC No. 4.

Our fourth topic gives us an opportunity to consider in its broadest scope the science of penology and invites to a careful comparison of the rules of proceeding and punishment in use in the different American Governments.

TOPIC No. 5.

Next we are to take up the effect on American public law of our written constitutions.

Under any definition of public law it is primarily and mainly a law for political government. If we have an American public law peculiar to the three Americas, it is peculiar only in part. The bulk of it belongs to the world. As to its higher fields, the test of its existence is largely to be sought in its accord with what are believed by most men to be universal notions of right. Philosophers of eminence have in all times denied that there were such notions, but I believe that their position has never received the support of the people as a whole. The common man is a Platonist rather than an Aristotelian. The American is so attached to the thought of innate truths and standards of conduct that he has not been content without asserting them to be part of the fundamental rules of political and social justice by which he may agree to be governed in a political State.

The United States and France led the way toward modern constitutional government. Their early constitutions were comparatively brief, but they never failed to make the declaration of certain human rights a part in terms of the law of the land. These remain also in the later American constitutions with little or no change.

These constitutions are progressively imposing more and still more restrictions upon the powers of our legislatures. To these bodies of lawmakers we are accustomed to make a grant in general words of the legislative power of the State or Nation. But what is that legislative power? Can it extend beyond the bounds of legitimate legislation?

The sovereign which grants the constitution is the people. They remain the sovereign after it is granted as fully as they were before. They have not made their legislatures sovereign. They give them nothing which has not a legitimate character of delegated authority.[1]

But however restricted by general implications or special limitations, the American legislature has an immense sweep in the creation or alteration of public law. That, indeed, is its safest and most necessary function. Custom has comparatively little to do with regulating the dealings of a State with individuals and with other States. But to displace custom as the principal maker of private law is to lay down rules for those who can generally frame better ones, and always would in due time have framed better ones, for themselves.

[1] Allyn's Appeal, 81 Connecticut Law Reports, 534.

In one particular the public law of the United States is peculiar. It divides the powers of legislation by making treaties law. How far does this authorize the judicial department to enforce treaty obligations? Fully, it is certain, when they affect only individual interests. But can they not also enforce them when those of the Government are concerned, and even against the Government? Who is above the law?[1] And who but the courts can, in the last resort, speak for the law?

TOPIC No. 6.

That part of public law which determines the relations between the executive and legislative departments is of the first importance to the smooth working of republican machinery. It will be instructive for those from any of the powers here represented to learn from those coming from another of the laws and customs in this particular existing there; especially as custom has here often been more prominent than law.

It is to be hoped that the question of when statutes should take effect will be the subject of discussion.

Not only is any change in the public law of deep and immediate importance to the citizen but, where it carries a penalty, it is injustice to make that felt before the reason for it can be known. Public law, above all others, must be made public before it can properly be enforced.

The law of oriental nations until recent years was all of it public, by reason of the fact that it was all decreed for the Government officials alone. They administered it, and through them only did it reach the people. The Chinese maxim was, "Let the people abide by but not be apprised of the law."[2]

China and Japan, when they joined the society of civilization, put themselves, in these matters, by the side of western nations. Japan formally abandoning her old practice in her code of 1868.

TOPIC No. 7.

The question whether there is an American public law that can be differentiated from that of other continents, invites an examination of what is familiarly known as the Monroe doctrine. It has now acquired the strength of age. Though differently stated at different times, and differently emphasized by different administrations from time to time, in speaking for the United States, it has certainly always borne the quality of being purely American in its terms and object and theater of operation.

Gen. Grant, when President of the United States, perhaps gave it a new turn of expression, when he said in his message of May 31, 1870, that "the doctrine promulgated by President Monroe has been adhered to by all political parties, and I now deem it proper to assert the equally important principle that hereafter no territory on this continent shall be regarded as subject of transfer to a European power." This, however, seems to me to have been embodied from the first in the Monroe doctrine, and not therefore to have acquired any new weight from the declaration of Grant. If the Monroe doctrine has grown since 1823, it is by force of the utterances of the Cleveland administration in 1905, but it is certain that these were not universally approved either in North or South America.[3]

The United States, however, are commonly, and I think rightly, believed to have asserted it, in whatever form, for the general benefit of all the Ameri-

---

[1] The Linfa, 75 Fed. Rep., 518: The Part Taken by Courts of Justice in the Development of International Law, Report of the International Law Association for 1900, 85, 55.
[2] Reports of the St. Louis Congress of Arts and Sciences, II, 380.
[3] Baldwin, Modern Political Institutions, 359.

cas. Whether the territory of Venezuela was a little more or a little less made no difference to the United States, but they were ready to fight, if necessary, to prevent its being made less by European encroachments, based on injustice.

A pronouncement in behalf of Pan America, having a more unquestionable character in that respect, was in the convention between Chili and Colombia, in 1880, at Bogota, for general and absolute arbitration, coupled with the joint agreement to endeavor to negotiate similar treaties with the rest of America[1] "in order that the solution of every international conflict by means of arbitration may come to be a principle of American public law."

The endeavor was made by Colombia, in 1881, but failed.

In 1890 the International American Conference of Washington took favorable action in this direction, under certain limitations. The treaty for that purpose which it framed, though approved ad referendum by half the nations represented was, it is true, ratified by none of them, but nevertheless when the general and world-wide principle of arbitration, though again with serious limitations, was promulgated by the congresses of 1899 and 1907 at the Hague, it was largely under the influence of American ideas.

The "Drago doctrine," also, while now one rather, in theory at least, belonging to the world by virtue of the action of the Hague congress of 1907, has distinctively an American origin.

Another far-reaching doctrine for this continent was proclaimed by the International American Congress of Washington. It is that when States have entered into a treaty for arbitration of future differences, then, during the during the continuance of the treaty of arbitration, "the principle of conquest shall not * * * be recognized as admissible under American public law," and "* * * all cessions of territory shall be void if made under threats of war or in the presence of an armed force." This was explained on the floor of the congress by Señor Quintana, of Argentina, as simply transferring to public law the principle of private law that a conveyance made under duress can be set aside.[2]

In a treaty made between Peru and Bolivia in 1886 reference is made in the preamble to a "South American public law." It hardly seems to the chair that any such system can yet be said to have been developed, and it is even doubtful if good would result from its proving its title to exist. There ought to be ultimately one system of public law for the three Americas; and if any one of them were to put in shape a code of public law of its own, it would be less than American.

In the first Pan American Scientific Congress, held in 1908 in Santiago, on the motion of Señor Alejandro Alvarez a declaration was adopted to which we can all agree. It affirms that there exist in the New World problems of a character completely American, and that in all the States of the continent special attention should be given to their study in their faculties of jurisprudence and the social sciences.[3]

TOPIC No. 8.

American public law is in the main the public law of Europe also. It is the application of that to new conditions.

The historical evolution of public law throughout the world is the truest guaranty of its permanence. It is permanent because there is inherent in it the power—and one might almost say the tendency—to change with the times.

[1] Am. Journal of Int. Law, III, 301.
[2] Report of Int. American Conference of 1890, pp. 1143, 1147.
[3] Am. Journal of International Law, 1909, Suppl., 252.

Like municipal law, its development is due primarily to those who are guilty of breaking it. It has been well said by Jenks, in his Law and Politics in the Middle Ages, that what we call progress in law is simply the attempt of the individual to extend his freedom of action beyond those bounds which have previously been deemed inexorable. Public law is changed in the same way—by the touch of sovereign power.

While we can not forget that public law is political law, and in some respects a creature of policy, it gains strength to resist undue changes and to yield to proper ones from its necessary exposure to public criticism. It must, to endure, approve itself, before each people, to the general sentiment of national morality. Its aim must be high and steady. Nor is it without a compass by which to steer. That, to use the words of one of our most thoughtful jurists,[1] is the general conscience of civilized man, or, in other words, positive morality, which ought to be, and in the long run is, the paramount predominating political force in the civilized world, and it is this that makes civilization possible.

Topic No. 9.

The permanent elements of our public law it is probably yet too early in the history of the race to distinguish from the rest. So far as it is practicable we shall hope to be instructed by those nations represented in this congress which have given the most time during the last century to questions of this nature. I would not underrate the contributions of northern scholars and of northern courts to the thought of the world on that subject, but we of the United States are free to acknowledge that the theoretical side of public law has not been as favorite a study with us, particularly in a governmental way, as it has been in the two Americas to the south of us. Perhaps I may be pardoned if I attribute this in no small part to the larger importance of public law in countries where the form and administration of government is subject to frequent change, creating new relations of a delicate character between the State and neighboring States and the State and the individual citizen.

Topic No. 10.

The last topic on the program invites particular attention in these days of European war and American peace.

Is it ever to be expected either that belligerent or neutral powers will agree on all the rules of public law applicable to a state of actual hostility? Will each not be overmuch tempted to pick out those that are likely best to serve its interests and then proceed to attribute to them an undue position of assurance?

Here we must recollect that the questions likely to arise oftenest will be those concerning maritime and aerial warfare. These, as we have passed from the era of the sailing ship to that of the steamer and submarine, and from that of the Montgolfier balloon—a scientific toy—to that of the Zeppelin, call not only for new applications of settled principles but perhaps for new principles; certainly for new corollaries. Problems may be thus prepared in war for solution in peace.

President Grant, in his first annual message, in alluding to the claims of the United States against Great Britain, which eventually took shape in the *Alabama* arbitration, said that he trusted that the time would soon arrive when both Governments could approach this question "with an appreciation of what

[1] George H. Smith, A Critical History of Modern English Jurisprudence, 75.

is due to the rights, dignity, and honor of each, and with the determination not only to remove the cause of complaint in the past but to lay the foundation of a broad principle of public law which will prevent future differences and tend to form and continue friendship."

His hopes were realized. The *Alabama* arbitration proceedings did elevate what had been a disputed claim to a broad principle of public law. So in time of peace public law is more and more likely to provide new rules for future wars.

In 1898 President McKinley, in his annual message to the Congress of the United States, recommended that he be authorized to correspond with the principal maritime powers "with a view of incorporating into the permanent law of civilized nations the principle of the exemption of all private property at sea not contraband of war from capture or destruction by belligerent powers."

Thus far negotiations to that effect have been fruitless. The failure of the United States to accept the Declaration of Paris has weakened the force of the American initiative in respect to such an advance in the methods of warfare, though it can at least be said that the United States have consistently favored it since a period prior to the recognition of their independence.

But we may have good reason to anticipate, as years go on, that future diplomatic congresses will take it up, and in the true spirit of modern civilization.

Krause would divide human history into three great periods—the age of unity, the age of variety, and the age of harmony. The second age, he says, is that in which we now live, and we near its close.

This theory, to one who studies the philosophy of life, has much to commend it as applied to the history of law. Variety of usage and of legislation is growing less. The passage, of which Spencer spoke, of the homogeneous into the heterogenous has already begun to halt. In public law the increasing similarity of national institutions, of constitutional forms, and of rules of conduct in international relations all indicate the approach of an age of harmony. The wars that are now eating out the heart of Europe are the throes that precede a new birth of something better and truer than what has gone before. Is it not possible that as the first age created the nation the third may destroy it?

A public law of the world looks to unity as a fruit of harmony. It points to the possibility of a citizenship of the world and of nothing less. It has for a standpoint the faith of poets and seers of all generations that we are proceeding to a golden age when the will of God shall be done, as in heaven, so on earth.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, we are now to hear a discussion of the subject "The historical evolution of public law," by Prof. Gordon E. Sherman, Yale University, whom I take great pleasure in introducing.

THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF PUBLIC LAW.

By GORDON E. SHERMAN,

Yale University.

Public law considers the State in its structural aspects and as a subject of duly apportioned powers. The theory, however, of the State itself, its causative principles, the source and aim of its authority, have differed widely in ancient and modern times. To the thought of Greece and Rome the State, disregarding rights other than those claimed by its citizen elements, is in itself the final cause of its own[1] existence and becomes the object, accordingly, of elaborate regulation whose purpose will be uncompromisingly conservative or reactionary. The medieval world, ever confronted with problems of ecclesiastical or royal supremacy, finds its surest defense in an exalted conception of law as possessed of an inherent stability which may serve as a check upon absolutism. The spirit of modern public law, however, invokes a final cause which is distinctly ethical; the State will protect alike the stranger and the citizen, while toward other States it transforms the dry ceremonialism of the Roman *jus gentium*—the formality or expediency which will pursue a rule common to all nations—into conduct dictated by humanity and justice. Present-day public law seeks the security of such principles within the State through the modern constitution supported, in America, by the courts. The international field would appear to still await a plan capable of enlisting the sympathy and forces of civilization. It will be the aim of the present article to glance briefly at some historical illustrations of these varying ideals.

Public law can scarcely be said to display any regular course of development. Its actual gain from age to age will frequently seem imperceptible. Certain periods, nevertheless, are characterized by striking manifestations of the true spirit underlying modern constitutionalism. Such manifestations distinguish the democracy of Greece, the legal thought of republican Rome, and the machinery of provincial administration under the early Empire; they are among the persistent heralds of a revival of learning, and are developed during the seventeenth and eighteenth centuries by efforts of scholars and judicial thought which stimulate constitutional tendencies with increasing vigor as the nineteenth century advances. As precursors of principles familiar to our own governmental experience, they suggest not so much the phenomena of an evolution as the truth that the thing that is hath been already of old time. In Greece the inscribed colonial monuments are the earliest witnesses to constitutional ideals, and they illustrate the anxious care bestowed by the parent city in planting a replica of its own political framework in distant lands. The unique example of a colony settled on barbarian soil as contrasted with the territory of an expelled Greek population, is that of Brea,[2] sent out by Pericles to the Thracian country south of the River Strymon, about 440 B. C.; two fragments of Pentelic marble have preserved the Athenian decree, carried on motion of one Demokleides, which organized the colony, provided for the maintenance of its filial relation to the parent city, set aside land for the endowment of temples, and denounced the penalties of outlawry and confiscation of goods upon anyone who should put a motion or address the assembly with an intent in contravention of the organic decree. A bronze tablet[3]

[1] Bluntschli, Theory of the State, English trans., 2. ed., p. 305.

[2] Hicks, Manual of Greek Historical Inscriptions, No. 29.

[3] Hicks, No. 63.

has handed down to us a resolution similar in its constitutional aim, though to be applied to a colony settling upon Greek soil, whence the former inhabitants had been exiled by the victorious Spartans after the Peloponnesian War. Its date is 40 years later than the Brea decree, and it was made by the Locrians of Opus for their fellow countrymen leaving for Naupaktos in the West. The decree provides amutual citizenship, rights of succession to property, and reintegration of colonists returning home; a transgression of this charter, if judicially established, will be visited with the severest penalties; the charter terms are to be sworn to and the oath to be repeated by Naupaktos and Opus within 30 years.

Again, the monuments furnish a vivid illustration of identical principles in the elaborate declaration[1] passed by the Athenian ecclesia in 377 B. C. on the formation of the second maritime league, setting forth the basis of the new confederacy and committing to a federal council the trial of offenses against the league's declared principles. This was in harmony with the Athenian plan of a supreme judicature in allied affairs. The declaration, taken in connection with the individual treaties concluded with the 75 members of the confederacy, gave to the league a definitely constitutional character; the inscription, like those of the charters we have noted, denounces the penalties of outlawry or death against any member of the league or individual who shall put to the vote at Athens or elsewhere a motion contrary to the league's established constitution. Still again in a treaty[2] concluded between the towns of Hierapytna and Priansion in Crete about 250 B. C. and preserved on an inscription now in the Marbleroom at Oxford, a mutual citizenship is established for the citizens of these towns, the privileges of public hospitality are guaranteed to their envoys, and a common judicature (*koinon dikasterion*) is established, formed of jurymen from both cities, who thus provide a joint court for the trial of suits, a plan which strongly reminds us of the present-day institution of international courts at Alexandria, Cairo, and Mansourah in Egypt. Lastly, a papyrus, brought to light in Egypt 25 years since, has revealed to us the constitutional details of the revolution of the four hundred at Athens in 411 B. C., after the failure two years earlier of the expedition against Sicily. It was now thought that an abandonment of democracy would render a Persian alliance more feasible, and the rule of a select body, of which many examples were in evidence at that time and notably at Opus, was therefore determined upon to meet the special emergencies of the hour. The revolutionary party planned, it seems, the promulgation of two distinct[3] constitutions; the one to take immediate effect and the other, more deliberately composed by a special commission of 100, was intended to become the permanent government of the future.

Meanwhile in view of the well-recognized principle of Athenian public law that against any attempted innovation an indictment (the famous *graphe paranomon*) would lie, it was determined to pass a vote abolishing this procedure. This action might be instituted by motion in the ecclesia on the occasion of any resolution declared to be passed without the prescribed formalities or against any law similarly defective in the form of its enactment by the *nomothetes* the sworn body alone competent for actual legislation and before whom there were annually laid proposals for new laws; such proposals were then compared by the sworn commission with existing rules, and testimony was heard on the part of those proposing new legislation, existing law being defended by retained advocates acting on the part of the people. The chief difference between this legislative procedure and that of a formal indictment lay in the fact that

[1] Hicks, No. 81.
[2] Idem, No. 172.
[3] Sandys, Aristotle's Constitution of Athens, text, ch. 29–31.

the enacting of new laws was committed to jurymen specially assigned from the citizen body, whereas indictments such as the *graphe paranomon* were tried before jurors taken from the general list of citizens.[1] The significance specially attaching to this revolutionary constitution lies in the fact that Athenian public law was thought to have warranted the institution of an elaborate written frame of government which in its various devices for concentrating actual rule in the hands of a few, is most suggestive of modern representative government, although not in line with any theory of universal popular representation.

Turning to Rome we find, in the last century of the Republic, that the Senate assumes to declare inoperative any law voted by the Assembly without pursuing the carefully prescribed formalities which Roman public law required if a magisterial proposition was to bind the people.[1] It was, however, in Roman provincial administration that we find striking constitutional anticipations. In the case of the allied towns, especially in the Orient, it was the custom to permit a free hand in local legislation provided the terms of the organic grant of freedom were not contravened. The charter of Termessus[2] in Pisidia has preserved an example of such a grant; the citizens may pass such legislation as they will, "provided," says the charter, "it does not run contrary to this grant." Such a tablet would be inscribed in duplicate, one copy being set up in the allied town and the other in the temple of Jupiter Capitolinus in Rome.

It was not alone in the grants to the federate towns that Roman public law recognized the principle of a written constitution, but in the organization of a conquered Province the senate regularly dispatched 10 commissioners, who, together with the commanding general, promulgated the new provincial constitution. Such a constitution (the lex Aemilia) was given to Macedonia in 167 B. C.[3] and Pompey promulgated a similar charter for Bithynia in 74 B. C. In case of any alleged contravention of either the charter of an allied town or of the Province itself, the matter would be triable at the circuit court (conventus) held by the provincial governor, and here it would seem that principles identical with those employed in the constitutional construction by Federal authorities of the statute of an American Commonwealth would necessarily be in evidence. From the determination in such a suit or of the governor himself in any interpretation of his action under the provincial charter an appeal lay to Rome.

Pliny has left us, in his correspondence with Trajan, a vivid picture of his difficulties in interpreting the provincial constitution of Bythinia,[4] although his imperial master confirms, in his reply to Pliny, the governor's views as to the correct construction of the provincial law. Promising as were such beginnings for a harmonious development of public law, Roman absolutism, followed by the long interim of the dark ages, effectually checked any development.

It was not until the middle of the thirteenth century and in England during the struggle with the Crown, known as the Baron's War, that we note an emergence of constitutional ideals, whose mainspring lay in the medieval tendency to idealize law as something capable of compelling obedience from a royal ruler whose duty, declares the celebrated Beaumanoir, judicial assessor in the Parlement of Paris, is that of a guardian of law rather than that of an

---

[1] Gilbert, Greek Constitutional Antiq., Eng. Trans., pp. 299, 487.
[2] Willems, Droit Public Romain (Louvain, 1888), p. 186.
[3] Mommsen, Römisches Staatsrecht, vol. 3, 691, n. 2.
[4] Willems, p. 226, notes.
[5] Hardy, Pliny's Correspondence with Trajan, Letters LXXIX, LXXX.

interpreter or creator.[1] Such a thought inspired the "Song of Lewes" and many similar productions of that age. The English nobility seized upon these conceptions as the basis of a succession of royal grants which associated the leading spirits of the time in governing councils possessing virtually all powers of administration. These grants are known as the provisions of Oxford (1258), the provisions of the barons of Westminster (1259), and the form of government of our lord the King and the Kingdom (1264).[2]

While such elements of a written constitution failed to survive against royal power, the doctrine of an innate sovereignty on the part of the people soon appeared in the writings of William of Ockham and Marsilius of Padua, who may be said to have practically laid the foundations of modern public law.[3] In his great work, Defensor pacis, Marsilius announces that the true legislator is the body of citizens or its better part, and this, although the writer was a stanch upholder of the Emperor Louis of Bavaria against Papal claims of universal jurisdiction. Medieval public law assuredly advanced a long step beyond antiquity in announcing the existence of rights in the individual as contradistinguished from the citizen, and it fairly commenced the pursuit of a state conception founded upon philosophy and ethics. Such an ideal demanded primarily the separation of church and State to the extent, at least, of conceding all civil authority to the secular power. A generation later, Niccolo Machiavelli[4] (1469–1527), in his Discourses on Livy, and his more celebrated work, "The Prince," may be said to have, in effect, progressed a step still further, in that he completely left out of his pattern state the church and all that it stands for in civilization; he sought to direct the minds of his Florentine contemporaries to the glories of pagan Rome as a model for the outlines of a powerful military government, advancing with unsparing hand and bound by no considerations save the dictates of its own ambition, to the unification of Italy through conquest. The dangerous allurements of this picture, in which we first find the modern conception of the State as organic self-developing power, were doubtless not without influence on the Empire of that day. Machiavelli's works were precisely coincident with the efforts of the Romano-Germanic Imperial Government to obtain the adoption of Roman law as a subsidiary and all-comprehensive basis of determination in German courts, and an aid, furthermore, to the reconstruction of German public law on lines of Roman imperial absolutism.

It was at this period that German students in great numbers were encouraged to learn at Italian universities the romanizing doctrine of the Glossators and post-Glossators, whose commentaries or glossa upon the Justinian compilations formed the basis of revised Italian legal study. Returning to their homes, these students were naturally prepared to further the imperial plan of inaugurating a new birth of the later Roman ideas. This process, known as the reception of Roman law,[5] becomes first plainly visible at the institution in 1495 by Maximilian, of the imperial palace court (Reichskammergericht); its culmination was practically attained during the succeeding half century. The court's membership, normally 50 justices, seldom counted more than 17; it was recruited through joint nomination by the Emperor, the electors, and the estates of the Empire. One-half at least of these justices were graduates in civil law, known as doctors. Their legal training seemed to precisely meet the demands of the moment for the rehabilitation of a strong State ideal and the centralization of authority. While the reception has been viewed as chiefly concerned with private law, it possessed an equally important aspect

---

[1] Langlois, Le Règne de Philippe le Hardi, 285.
[2] Stubbs, Select Charters, 3d ed., p. 412, seq.; Const. History, vol. 2, Ch. XIV, p. 90.
[3] Janet, La Science Politique, 3d ed., vol. 1, 445–450.
[4] Janet, p. 491.
[5] Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, I, 218 seq.; Laband, Rede, etc. (Strassburg, 1880).

as the creator of new patterns in public jurisprudence. The underlying causes of the movement were in fact wholly political, as shown by a contemporary writer, Peter of Andlau, canon of Colmar, and law professor at the University of Basel in 1460, in his notable work on the Romano-Germanic Government. While the reception originated in imperial political needs, in the end it turned to the advantage, not of the Empire but rather of the estates which, after the reconstruction of the public law of Europe in the treaties of Westphalia in 1648, appropriated to their own aggrandizement the absolutist conceptions derived from the victory of what was coldly termed the foreign law. To this may be easily traced the subsequent and rapid development of territorial supremacy in Germany, a supremacy thus well prepared, on the downfall of the Empire, to pursue ideals of increasing expansion.

Nearly coincident with the resettlement of Europe in the Westphalian treaties, Puritan England produced the remarkable documents known as the "Agreement of the People and the Instrument of Government." In essence these were the constitutional charters of the attempted Republic of 1648–1653, and the protectorate of 1653–1659,[1] and, in a constitutional view, are part of the development of thought giving birth earlier to the fundamental orders of Connecticut (Windsor, Hartford, Wethersfield) (in 1638), and to the subsequent royal charters of the American colonies, which charters were but the prelude to and in some cases identical with the American State constitutions adopted on the acquisition of independence in 1776. It was in this same period that in Germany there arose the notable figures of Herman Conring and Samuel Pufendorf,[2] whose works on universal jurisprudence and the status of the empire were destined to stimulate a school which rapidly developed the modern science of public law. Starting with the conception of an imperial State as molded through the doctrines of the Roman law reception, there great writers produced a succession of masterpieces which have deeply influenced subsequent juristic science.

From the seventeenth century colonial charters, too, there developed a process of legal interpretation destined to become the immediate forerunner of constitutional construction as we know it to-day. This arose early in the eighteenth century through contests touching the validity of colonial statutes in Massachusetts and Connecticut when tried on appeal at Whitehall and in the light of the royal charters which had given birth to the colonial governments.[3] In the celebrated case of Winthrop's appeal to the Crown in council, February 15, 1728, a report of the judicial committee comprising the two lord chief justices, the lord chancellor, the master of the rolls, and many other notabilities, held the colonial act "not warranted by the charter of the colony and hence null and void "because repugnant to the charter."

Later colonial cases were followed by interpretations in the Court of King's Bench itself, where the questions at issue had arisen upon the charters of English boroughs and where the borough governments had passed by-laws tending to the formation of what became known as "select bodies." In other words, the by-laws which became the subject of litigation, had attempted to place the power of adding to the freemen of a borough in the hands of the mayor and aldermen, together with a limited number of the corporators, leaving out of view the general body of the freemen, who were plainly entitled to representation under the royal charters. The charter case of Maidstone in Kent came before the King's Bench in 1776, and the equally notable one of Helston in Cornwall four years later. Lord Mansfield and the other justices in holding

[1] Gardiner, Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 270–314.
[2] Janet, loc. cit. 2, 284.
[3] Pitkin, History of the United States, 1, 123.

void a series of elections under by-laws which had sought to exclude an integral element of the corporation from a share in government, declared that a by-law at variance with the charter, which was the borough's constitution, must necessarily be held repugnant to it and null and void. Since a chartered government could not alter the constitution given to it by the charter, it could not exceed chartered limits, and the borough was assuredly a type of limited government whose acts must be construed strictly in the light of the charter.[1] This form of reasoning and the identical terms used by the royal justices reappear in the opinion of the Supreme Court of the United States in the leading case of Marbury against Madison, which came before the court at February term, 1803,[2] and which, although by no means the earliest of such cases, forms the first instance in which the theory of modern constitutional construction is authoritatively analyzed and made a part of our national jurisprudence. The very expression also found in our national Constitution, that statutes passed in pursuance of its authority shall be the supreme law of the land, reproduces an expression already used more than once by the King's Bench when speaking of the borough constitution and the by-law which must pursue it if it is to be held valid. In the light of these instances we must assuredly agree with Chief Justice Marshall, who wrote the opinion in Marbury's case, that the principle of judicial construction of legislation in a constitutional government rests in its essence upon considerations not peculiar to our Government alone, but which are a part of law universal, and therefore to be unhesitatingly accepted. It is, in truth, upon the certainty of judicial interpretation, as illustrated in many a field of the past, that the security of such a government as ours must rest in the last resort. On it will depend the permanence of the American State.

The CHAIRMAN. We will next pass to the allied subject on the program—namely, the relation of public law to international law—and will hear that topic discussed by Prof. Beach, of Yale University, who is also a member of the Supreme Court of Errors of the State of Connecticut.

THE RELATIONS OF PUBLIC LAW TO INTERNATIONAL PRIVATE LAW.

By JOHN K. BEACH,

Supreme Court of Errors of Connecticut.

It was formerly assumed that the enforcement of foreign rights necessarily involved the extraterritorial enforcement of the foreign laws which created those rights. Whether this extraterritoriality belonged to the law itself, or was granted as a matter of comity, was disputed; but the fact of the extraterritorial operation of foreign laws was agreed. That form of this theory which at one time prevailed in the United States was judicially announced by the Supreme Court of the United States in Bank of Augusta *v.* Earle, and was taken verbatim from Story's work upon the Conflict of Laws.[3]

[1] Burrow's Reports, pp. 1827, 2204, 2260, 2515. See Madison, in Const. Convention at Phila., June 29, 1787: "Acts of States of Union are by-laws in contrast to the Articles of Confederation."
[2] 1 Cranch, U. S. Supreme Court Reports, 137.
[3] Story's Conflict of Laws, sec. 38.

"In the silence of any positive rule affirming or denying or restricting the operation of foreign laws, courts of justice presume the tacit adoption of them by their own nation, unless they are repugnant to its policy or prejudicial to its interests. It is not the comity of the courts, but the comity of the Nation which is administered and ascertained in the same way and guided by the same reasoning by which all other principles of municipal law are ascertained and guided."[1] That is to say, the foreign law was first supposed to be adopted by the State, and then enforced by the courts as a part of the local law; and the comity which was exercised was that of the Nation in adopting the foreign law, and not that of the court in enforcing it. Yet because of the exception made in respect of foreign laws repugnant to the policy or prejudicial to the interests of the State, it was frequently necessary in doubtful cases for the courts themselves to exercise the comity of the Nation in determining whether a given foreign law should or should not be adopted as part of the municipal law. Nevertheless, it remained true that the foreign law, though adopted by an act of comity, was enforced as a matter of legal right.

Since then the theory of the extraterritorial operation of foreign laws has been questioned, and in its place has arisen the modern conception of a system of law called private international law, which is not wholly foreign nor wholly domestic in its origin, and knows no territorial limitations, because it derives its authority not from any one sovereign but from the common consent of nations. This conception of a neutral body of law comprising the principles necessary for the determination of every cause in which a foreign right is asserted, enables us to escape the difficulty of accounting for the fact that the laws of one sovereign should have operative effect in the dominion of another sovereign. It is sufficient if we agree that private international law is operative in every State, and that it is capable of pointing out what system of law is applicable to the decision of every cause. Under this theory the "Courts do not in strictness enforce foreign laws; when they are said to do so, they enforce not foreign laws, but rights created by foreign laws."[2] "In applying the French law the court does not allow it to operate in America, but only recognizes that it did operate in France."[3] Thus the court receives the foreign law not as a command from a foreign sovereign controlling its action, but as evidence of the existence and character of a transitory right.

A controversy still persists as to whether private international law imposes itself on States by an inherent authority of its own, or whether it is binding only to the extent to which each State, actuated by motives of international comity, has adopted it as parts of its own law. In this country the latter theory prevails; and it is my purpose to point out more definitely the accepted view, or perhaps the view toward which general assent is turning in this country as to the relation of private international law to public law. It is necessary, in the first place, to recall that certain principles of private international law are embodied in the compulsory provisions of the Federal Constitution, which require each State to give full faith and credit to the judgments of every other United State, to extend to the citizens of each United State the same privileges and immunities which it grants to its own citizens, and to respect the treaties of the United States as the supreme law of the land. The Constitution also forbids the restriction of interstate and foreign commerce by the several States, and guarantees the free interchange of domicile and citizenship among the several States. In all international rela-

[1] 13 Peters, p. 589.
[2] Dicey Conflict of Laws, 2d ed., 1908, p. 11.
[3] Bigelow's note to sec. 38, Story's Conflict of Laws, 8th ed., 1893.

tions the several States have no independent voice, but are represented by the Federal Government. Beyond these limitations the several States are, for all purposes of private international law, independent sovereigns as between themselves and in the treatment which they accord to laws of foreign nations.

The modern theory of the existence of a neutral system of private international law and the English view that it derives its authority from adoption by the State was definitely announced as a guiding principle for judicial decision by the Supreme Court of the United States in Hilton *v.* Guyot, in the following words:

> International law in its widest and most comprehensive sense—including not only questions of right between nations, governed by what has been appropriately called the law of nations, but also questions arising under what is usually called private international law, or the conflict of laws, and concerning the rights of persons within the territory and dominion of one nation, by reason of acts, private or public, done within the dominion of another nation—is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice as often as such questions are presented in litigation between man and man duly submitted to their determination. The most certain guide, no doubt, for the decision of such questions is a treaty or statute of this country. But when, as is the case here, there is no written law upon the subject, the duty still rests upon the judicial tribunal of ascertaining and declaring what the law is, whenever it becomes necessary to do so, in order to determine the rights of parties to suit legally brought before them. In doing this the courts must obtain such aid as they can from judicial decisions, from the works of jurists and commentators, and from the acts and usages of civilized nations.[1]

It is interesting to note the complete abandonment of the doctrine of the tacit adoption of foreign laws, as stated by the same court in Bank of Augusta *v.* Earle, 56 years before, and the complete adherence to the theory of private international law as a system of law finding its imperfect obligation not in the will of any other sovereign, but in the common consent of nations and its legal authority in adoption by the State. This decision is authoritative in the Federal courts which sit in every State, and though it does not control the courts of the several States, it has had, in cooperation with the writings of modern jurists, a profound influence upon judicial opinion throughout the country.

The doctrine of international comity occupies the same place in this theory that it did in the old. It protects the exclusive sovereignty of the State from impeachment by explaining the adoption of private international law as a voluntary act, and it expresses the attitude of the courts when called upon for the first time in a doubtful case to choose between principles of private international law in respect of which there is a difference of national opinion. It is, in short, the agency by which the principles of private international law are once for all transmuted into municipal law, and to the extent to which it has performed that office it ceases to become operative, and the municipal law itself becomes the fixed rule for the enforcement of foreign rights.

In actual administration this modern theory possesses a practical advantage over the old, because it does not conflict with the jealous regard which courts naturally have for their own national policy and laws. So long as the enforcement of a foreign right was supposed to involve the importation of the foreign law as an operative rule of decision within the forum it was difficult to avoid the objection that a foreign law materially different from the local law was repugnant to the public policy of the forum. The force of the objection depended wholly upon the extent of the difference, since every impairment of the generality of the municipal law might be construed as impairing to the same extent the policy of the State. If, however, we agree that the court is not enforcing the foreign law, but is applying a rule which points to the foreign law as the true definition of the foreign right, it is then clear that no objec-

---

[1] 159 U. S. 163.

tion based upon public policy can be predicated on a mere difference between the foreign law and the local law, for no State has any public interest in defining or limiting the legal consequences of transactions occurring in another country. The true application of the objection thus appears to be limited to those rights which either in themselves or in their origin are of such a character that their enforcement will contravene the public policy of the forum, and consequently it is only in those cases where an executory or continuing right is sought to be enjoyed within the forum that any conflict of public policy is likely to arise.

The enforcement of a perfected obligation validly created in one State can rarely conflict with the public policy of another State, although its enforcement may properly be refused if offensive to public morals. Perhaps it is in some degree, because of these considerations, that there has been and now is an increasing liberality in this country in the enforcement of rights based upon foreign statutes inconsistent with the local law, especially in enforcing the statutory liability of stockholders in foreign corporations, and the rights of administrators under statutes providing for the survival of actions for injuries resulting in death.

Another potent factor which is operating in a different way toward the enforcement of foreign rights is the growth of uniform legislation in the United States, under the influence of the American Bar Association. In South America you have also held international conferences upon this subject, which have doubtless borne fruit. The duty of preserving and developing private international law, which is normally shared by all civilized nations, has been temporarily cast almost wholly upon the nations of America; and it is a satisfaction to observe that they have answered this increased obligation by creating the International High Commission on the Uniformity of Laws, which is to meet next April at Buenos Aires.

The CHAIRMAN. Before we adjourn the following paper will be presented as read by title:

Derecho y procedimiento criminal en lo que se refiere a esfera y límites del jurado, by José A. Vargas Torres.

DERECHO Y PROCEDIMIENTO CRIMINAL EN LO QUE SE REFIERE A ESFERA Y LÍMITES DEL JURADO.

Por JOSÉ A. VARGAS TORRES.

La Institución del Jurado, establecida hoy en casi todas las Legislaciones del mundo, ha sido un factor importantísimo en la Administración de Justicia, ha producido y sigue produciendo benéficos resultados, que son de gran trascendencia para la vida social.

"El Jurado," dice Escrich, "es la reunión o junta de cierto número de ciudadanos que sin tener carácter público de magistrados son elegidos por sorteo y llamados ante el Tribunal o Juez de Derecho para declarar, según su conciencia, si un hecho está o no justificado, a fin de que aquél pronuncie su sentencia de absolución o condenación y aplique en este caso la pena con arreglo a las leyes."

Son dos los elementos principales de la Institución: (1) El no constituirse por ciudadanos de jurisdicción continua, sino sorteados para cada caso particu-

lar; y (2) el fallar según su conciencia y sin sujeción a tarifa de pruebas. Esto último es lo que constituye propiamente la esencia del Jurado y por eso habremos de limitar nuestro trabajo a este solo punto, el cual para mayor orden y claridad dividiremos así:

1°. Métodos para recibir y apreciar las pruebas;

2°. Procedimiento técnico o de la tarifa legal;

3°. Procedimiento natural;

4°. Método en los juicios por Jurado, ventajas del procedimiento y condiciones que debe llenar.

MÉTODOS PARA RECIBIR Y APRECIAR LAS PRUEBAS.

El entendimiento por su naturaleza tiende a la verdad, pero para llegar a su objeto, necesita valerse de elementos diversos que lo pongan en comunicación con él. Estos elementos por los cuales puede el entendimiento humano elevarse al conocimiento de la verdad se denominan medios de prueba y la convicción que se forma en el ánimo de estar en posesión de ella se llama prueba.

La prueba tomada en su sentido lato comprende no solamente la certeza adquirida, sino también la producción de los medios de prueba y principalmente el mismo hecho probatorio, sentido en que la tomaremos en el curso de este estudio.

Las pruebas judiciales no han sido las mismas en todos los tiempos ni tampoco ha sido el mismo el valor relativo que se haya dado a cada una de ellas: primeramente el juzgador sentenciaba de acuerdo con la certeza producida en el ánimo sin cuidarse de los medios como ella hubiese llegado a realizarse; admitía los que le parecían más conformes con la verdad real y rechazaba aquellos que la lógica natural le enseñaba como sospechosos.

Este fué el procedimiento primitivo de los hombres, nacido de la ignorancia, es verdad, pero que en la sencillez de su forma realizaba su objeto. Así era como se fallaba en Roma en tiempo de la República, cuando el pueblo por sí mismo, reunido en comicios, ejercía el Poder Judicial y dictaba el "*absolvo o condemno*" como resultado de sus investigaciones.

Empero, este procedimiento de los tiempos primitivos necesariamente fué modificándose a medida que la malicia y las preocupaciones de los hombres fueron creándole dificultades por medio de la astucia y el fraude. El conocimiento que los encargados de administrar la Justicia iban adquiriendo de estos hechos opuestos al amor que ellos profesaban a la verdad, les hizo adoptar reglas que la costumbre aceptó luego como preceptos, aunque no eran dictadas por ninguna autoridad ni había obligación alguna de cumplir; así se tenían como nulas las acusaciones anónimas y los testimonios de individuos que rehusaban el que sus nombres fueran conocidos, de la misma manera que el dicho de un esclavo cuando llevaba agravio a la reputación de su Señor. Estas reglas fueron formuladas luego por los hombres y consignadas a modo de mandatos: "Por deposición de dos o tres testigos," dice el Deuteronomio, "perderá la vida el que es digno de muerte." "No bastará para condenar a nadie un solo testigo, cualquiera que sea el crimen y el pecado, sino que todo se decidirá por la deposición de dos o tres testigos."

Tales reglas se multiplicaron después demasiado, de modo que del procedimiento primitivo no quedó rastro alguno; y tanta fué la exageración de ellas y tan contrarias a la razón las inventadas luego, que la verdad que mediante ellas parecía adquirirse venía a ser no pocas veces distinta de la verdad real y los requerimientos de la conciencia. Los hombres, alardeando de progreso, exageraron las ideas, y la lógica natural o de instinto fué reemplazada por una lógica artificial que, sistematizando la prueba de manera mezquina y absurda,

detuvo el vuelo del entendimiento en la investigación de la verdad, lo que desquició el orden natural en la investigación de los hechos.

Se inventaron reglas basadas en las costumbres, en la cultura, en las opiniones políticas dominantes en cada época, de manera que estudiando la historia de la prueba se ve que ésta no ha sido otra cosa que el trasunto fiel de la idiosincracia de los pueblos y que ella va íntimamente unida con el estado de adelanto o de retroceso en que se encuentren las sociedades.

La historia del Derecho registra muchas pruebas hijas de la superstición y del fanatismo, en que, confundiéndose la justicia con la verdad, se apeló a medios extraños que indican la degeneración y el atraso a que los pueblos vinieron: tales como el combate judicial, las ordalías o juicios de Dios, las pruebas del fuego y del agua, los riptios y la confesión arrancada por medio de los más crueles tormentos.

La influencia de la civilización cristiana y el progreso de las ideas ayudados por la experiencia que con el correr de los tiempos hacía palpar las condenaciones injustas, dieron por tierra con aquellos medios absurdos provenientes del falso concepto de que Dios hace vencer siempre al que lleve por escudo la honradez, aun a trueque de variar el orden natural de las cosas.

Se establecieron entonces reglas racionales de prueba cuyos principales interventores fueron Gandino, Bonifacio, Julio Claro, Millos, Imberth, Mathieu, Caprow, Beccaría, Menochio y Mascardo; el Emperador Carlos V por medio de las ordenanzas dictadas por él en 1532 y la escuela escolástica con la introducción del silogismo. Todos ellos ayudaron a levantar sobre sólidas bases el edificio jurídico de la prueba que, como dijimos, se había desquiciado por completo; pero fué Beccaría principalmente quien sostuvo en sus escritos la teoría de que en materia criminal el jurado no debe someterse a leyes de pruebas preestablecidas, para que el veredicto que pronuncie sea solamente la resultante de la laboriosidad de su propio raciocinio.

De lo expuesto se desprende que han sido dos los procedimientos adoptados para la averiguación de los hechos: aquel en que las pruebas se determinaban por reglas más o menos absolutas y cuyo resultado definitivo originaba la certeza legal y que llaman hoy los jurisconsultos procedimiento técnico o de la tarifa legal, y el modelo antiguo o procedimiento natural de los primeros tiempos, en que sin fórmula alguna se llegaba a la verdad por el camino más corto sin que el entendimiento encontrara trabas para descubrirla.

PROCEDIMIENTO TÉCNICO O DE LA TARIFA LEGAL.

El libre albedrío juega el papel más importante en el obrar del hombre, y de aquí la imposibilidad de conocer hasta dónde las facultades humanas, que por otra parte varían de individuo a individuo, obran armónicamente según las relaciones observadas ya por la experiencia.

Para ser aceptable el sistema de la tarifa legal necesitaríase que los actos humanos estuvieran enlazados siempre de la misma manera; que el legislador pudiera descubrir a las relaciones de estos actos efectos precisos e invariables que se cumplieran necesaria y constantemente y a más de esto preveer la infinidad de casos que en la práctica pudieran presentarse, es decir que tal legislación fuera esencialmente casuística, cosa imposible si se tienen en cuenta los limitados conocimientos de que es capaz el entendimiento humano. Siendo esto así, una ley casuística, a más de innecesaria, es mala, porque se le restringe la libertad al juez en vez de dársele, como se debe, amplitud de criterio suficiente.

Según este sistema, hay que prescindir en muchos casos del valor relativo de las pruebas; valor relativo principalmente en cuanto al sujeto declarante en el caso de testimonio, la principal de las pruebas judiciales. La ley no

puede examinar las condiciones de todos los testigos pues que cada hombre tiene condiciones distintas y educación distinta; siglos hace, dice el Dr. Martinez Silva, que se estudia al hombre y es estudio que siempre está enpezándose y jamás se adelanta.

Encadenado el raciocinio del juez a las formas mezquinas de la tarifa, bien podemos decir que éste obra no ya como un hombre sino como un simple instrumento de la ley, y que si como hombre sería culpable no siguiendo la voz de la conciencia, como juez sí que lo sería si la obedeciese desconociendo el deber que como tal se impuso de respetar la ley antes que todo lo demás. Las reglas técnicas para la apreciación de las pruebas pueden pues convencer al hombre como juez pero no siempre como hombre.

Toda la certeza de la ciencia se deriva de la certeza de los principios, dice Santo Tomás. Así podemos decir nosotros que la certeza que se adquiere del hecho se deriva de la certeza de las pruebas; si el conocimiento de éstas está limitado, de la misma manera lo estará el conocimiento del hecho. ¿De qué le sirve, en efecto, a un juez amante del cumplimiento del deber, la honradez, el buen criterio, la erudición, si, como dice Dumond, se halla amarrado con reglas que hacen que un hombre tenga ojos y no vea, oídos y no oiga?

Por otra parte, si el hombre que ejecuta una acción delictuosa conoce los medios por los cuales ha de descubrirse pues que están prefijados per la ley ¿no es lo natural que esa acción se ejecute de manera que aquella sea burlada y que los mismos medios señalados le sirvan para engañar a la justicia, viniendo a ser, por consiguiente, una fuente de transgresiones de la misma ley?

Cuanto más se aglomeren prescripciones para complicar el mecanismo probatorio, naturalmente más va reduciéndose el número de pruebas que el Juez encuentre conformes con la ley; en asuntos criminales, las sentencias condenatorias van haciéndose más escasas y consiguientemente la impunidad de los delitos echa raíces y se convierte en la más terrible amenaza para la sociedad. La tarifa legal, si sirve entonces, es para que los hechos calumniosos puedan probarse mejor por medio de pruebas falsas, aunque escasas, pero acomodadas perfectamente al molde legal y preparadas cuidadosamente de antemano para obligar al juez a dictar un veredicto condenatorio.

El número de leyes se aumenta entonces a medida que se van presentando manifestaciones diversas en los delitos y en los delincuentes; se quiere poner un remedio distinto para cada caso distinto que vaya sucediéndose, y de aquí resulta que las leyes se multiplican demasiado, legislando sobre el pasado y volviendo nubloso el porvenir.

Un juez formulista, cuyo criterio está aprisionado en una red que no lo deja extender más allá de ciertos límites, necesariamente permanece en el oscurantismo y sus fallos tienen que ser imperfectos. El sistema de la tarifa legal lleva, pues, a hacer de la jurisprudencia, como dice Bentham, el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo conoce:

El legislador que quiera reglamentar la prueba por medio de una ley, expone Mittermayer, se encuentra colocado en la siguiente alternativa: si se manifiesta preocupado por una justa solicitud, si quiere ante todo librar de cualquier riesgo a la inocencia y trazar preceptos absolutamente completos, tendrá que poner en tortura el libre albedrío del juez, le mostrará una larga lista de testigos inadmisibles o sospechosos, proscribirá toda condena pronunciada por los dichos solos de testigos colocados por él en la categoría de sospechosos; enumerará las mil y una condiciones de las cuales únicamente podrá resultar la convicción legal, por ejemplo en caso de prueba artificial. Si elige el camino opuesto, se contenta con tratar algunas reglas puramente generales y su teoría de la prueba asienta una doctrina de las más latas; de lo cual puede verse un ejemplo en la legislación holandesa. Veamos ahora las consecuencias. En el primer caso, el juez se ve obligado muy a menudo a absolver a acusados realmente culpables pero que no pueden llamarse tales

según la ley porque ha faltado en la causa una sola tal vez de las condiciones requeridas. Como se ve, semejante sistema lleva consigo todos los inconvenientes de la impunidad y de la *absolutio ab instantia*. Porque la ley ha dicho que la confesión no hace prueba sino cuando no ha sido arrancada a fuerza de sugestiones; porque haya exigido para que la certeza pueda apoyarse en indicios, que éstos sean corroborados por el concurso de circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores, se seguirá que en caso de sugestión jamás la confesión podrá producir convencimiento; que los indicios jamás podrán hacer prueba faltando una circunstancia posterior. En el segundo caso, no enunciar sino algunas reglas completamente generales, como lo hace el legislador, es lo mismo que decir que los jueces pueden condenar desde el momento en que se han convencido; no siendo las reglas de que se trata otra cosa que el desenvolvimiento de este axioma. Por lo demás, la mayor parte de estas reglas sobre la prueba vienen a parar en fastidiosas tautologías; y feliz el legislador si, sin pensar en ello, no ha dejado en su comprensión general deslizarse algún vicio aun más grave; o algún principio falso que pueda inducir al juez directamente al error.

De lo expuesto podemos concluir que este sistema no llena su objeto, cual es la demostración clara de la verdad tal como ella es, objeto a que debe dirigirse toda comprobación judicial.

PROCEDIMIENTO NATURAL.

Es el procedimiento primitivo de los hombres, la línea recta de la incertidumbre a la verdad, el camino más corto para descubrir la existencia de los hechos; camino que sugiere la razón desprovista de trabas y libre en sus investigaciones. Es el procedimiento que Bentham llama del Padre de familia, es decir, el que emplea éste para averiguar los hechos ocurridos en su hogar, buscando para ello los medios que cree más adecuados sin sujeción a reglas ni a principios absolutos.

Aunque las ciencias jurídicas avancen, y los filósofos sustenten nuevos principios, y los legisladores inventen medios de prueba diversos, este procedimiento necesariamente subsistirá porque nace con el hombre y está fundado en la naturaleza misma del entendimiento humano, que tiende a la verdad directamente como que es su fin inmediato.

Los legisladores, alardeando de perfeccionamiento, lo abandonaron reemplazándolo por un laberinto de leyes más o menos imperfectas, pero el común de los hombres siguiólo por impulso natural y la experiencia conduce hoy a los primeros a seguirlo también, " Yo me considero," dice Bentham al recomendar este sistema, " como un lapidario que descubre un diamante en un guijarro pisoteado desde muchos siglos antes por todo el mundo."

Mas este sistema, tan aceptable en principio, tropieza empero con una grave dificultad, cual es la carência de aptitudes y la mala voluntad de los jueces. Este sistema, dijimos, es el ideal de los procedimientos; mas para llevarlo a la práctica, necesitaríase que todos los jueces tuvieran capacidad y buena voluntad, cosa irrealizable si se tiene en cuenta cuánto pueden influir en las decisiones, el dinero, el odio, las simpatías, las preocupaciones, etc. Necesario es pues poner coto a las arbitrariedades que de esta influencia pudieran resultar, exigiendo a los jueces la responsabilidad consiguiente y la razón de su dictamen; lo que se hace por medio de una tarifa racional.

El padre de familia y los demás hombres en la vida ordinaria pueden guiarse únicamente por la conciencia, porque sólo a ella tiene que satisfacer con sus decisiones, el juez necesita satisfacer a la autoridad social y dar a ella el porqué de sus fallos.

Tan grave es el inconveniente apuntado, que él sólo se balancea con los que anotamos al sistema de la tarifa legal. Precisa pues armonizarlos, por medio de una tarifa racional que atempere la libertad absoluta de los jueces en los fallos judiciales.

Es éste el sistema mixto establecido por los Legisladores Colombianos, quienes teniendo en cuenta que los inconvenientes apuntados al sistema de la tarifa resaltan más en materia criminal, establecieron para ésta la institución del jurado que es "el punto de apoyo del equilibrio judicial" y produce ventajas inmensas para la sociedad.

MÉTODO EN LOS JUICIOS POR JURADO.

El Jurado es "la reunión o junta" de cierto número de ciudadanos que sin tener carácter público de magistrados son elegidos por sorteo, llamados ante el Tribunal o Juez de derecho para declarar según su conciencia si un hecho está o no justificado, a fin de que aquel pronuncie su sentencia de absolución o condenación y aplique en este caso la pena con arreglo a las leyes. Dícese también jurado cada uno de los ciudadanos que componen dicha reunión; los cuales se denominan asimismo jueces de hecho, porque sus funciones se reducen a decidir únicamente sobre puntos de hecho y no sobre cuestiones que tengan relación con puntos de Derecho. La denominación de jurados se deriva del juramento que se les toma de que se habrán de conducir bien y fielmente en el cargo que se les confía haciendo su declaración con imparcialidad y justicia y según su conciencia." (Escrich, Diccionario de Legislación.)

La institución del Jurado se ha extendido en todos los países civilizados de la tierra. Su origen no es muy antiguo aunque el principio que lo informa de que la conciencia sea la ley soberana para sus decisiones, existe, como ya vimos, desde los comienzos de la humanidad.

Hubo, sin embargo, en Roma instituciones semejantes, tales como el *judicium publicum*, *cognitio* o *acusatio* (nombres que se aplicaban a un mismo tribunal indistintamente); el *consilium* y el juicio por *recuperatores*, especie de jurados constituídos bajo la presidencia del magistrado a quien se llamaba en tal caso *Judex cautionis rerum capitatium*, y llamados en forma de plebiscitos para conocer de los delitos cometidos por los principales ciudadanos romanos. Tal procedimiento fué creado por Calpinio Pizón, tribuno del pueblo y famoso orador, fué perfeccionado luego por Sila, quien lo hizo extensivo para el conocimiento de determinados delitos sin mirar a la categoría del individuo responsable, delitos que estaban definidos en la ley positiva.

Pero lo institución del jurado, considerada en su forma actual, tiene su origen en Inglaterra, pues que fué el resultado de la conquista normanda, cuando el odio en las razas se arraigó de manera que se hizo necesario que los hombres fueran juzgados por sus pares, por hombres iguales que nacidos y formados en el seno de la misma sociedad, eran independientes para dictar los fallos de todo Poder y de todo compromiso social, por hombres que atemperasen la severidad de las leyes de acuerdo con la conciencia, por hombres que no tuviesen los hábitos de crueldad y de rigor que regularmente adquieren los jueces de Derecho con el continuo roce con los criminales y la aplicación estricta para estos de las leyes penales.

Podemos considerar pues, al Jurado como una conquista del Derecho y como el afianzamiento de la benignidad en materia penal, principio sostenido hoy por todos los juristas de buen pensar.

Entre nosotros el Jurado se estableció en el año de 1849 baja la Administración del General J. Hilario López, en que se autorizó a la Cámara Provincial de Panamá para el establecimiento de Jurados que conociesen de todas las causas criminales que se siguiesen a nacionales y extranjeros, quedando a uno y a otros el derecho de preferir a esta clase de enjuiciamientos el establecido por las leyes comunes de la República, siempre que la declaratoria de esta preferencia se verificara antes de proceder al sorteo de los juramentos. (Art. 8° de la ley del 11 de junio de 1850.)

Algún tiempo después tal disposición se hizo extensiva a todo el territorio de la República, con algunas restricciones, por medio de la ley de 4 de julio de 1851, en la que se ordenaba que un Jurado compuesto de cinco miembros conociese de los hechos criminosos en materia de homicidio, robo y hurto de mayor cuantía.

Por leyes posteriores fué reformándose la institución hasta venir a la forma actual. No nos detenemos a estudiar esta forma ni el procedimiento adoptado para los juicios en que conoce el jurado, el cual exige todavía algunas reformas sustanciales; nos detendremos solamente en lo que diga relación con la prueba, anotando primeramente algunas de las ventajas que al efecto reporta el procedimiento natural y concluiremos con las condiciones que debe llenar la institución para que este procedimiento pueda producir los efectos.

El principio fundamental que rige entre nosotros en materia de jurado es, como se dijo anteriormente, que el jurado es juez de conciencia, legislador soberano para cada caso particular que se le presente, que estima la prueba según que le parezca conforme o nó con la verdad, y cuyo veredicto no es otra cosa que la manifestación del estado de su conciencia con relación al hecho averiguado.

La ley no pide cuenta a los jurados, dice el artículo 304 de la ley 105 de 1887, de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento; ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y suficiencia de las pruebas; les ordena solo interrogarse a sí mismos en el silencio y el recogimiento e investigar en la sinceridad de su conciencia qué impresión han hecho en su espíritu las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de éste.

La ley no dice a los jurados: "Vosotros tendréis por verdadero todo hecho atestiguado por tantos o cuantos testigos." Tampoco les dice: "Vosotros no miraréis como bien establecidas las pruebas que resulten de tal averiguación, de tales piezas o de tantos o de tales indicios. Únicamente les hace esta pregunta que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis vosotros una convicción íntima acerca de los hechos sobre los cuales se os interroga?"

Los Jurados no deben perder de vista que todo su examen no puede versar sino sobre el hecho o hechos en que se haya fundado la acusación y que faltan a su ministerio si, pensando en las disposiciones de la ley penal, se fijan en las consecuencias que podrá tener con relación al acusado el veredicto que han de pronunciar. Ellos no ejercen jurisdicción ni son los que condenan o absuelven a los acusados, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o nó culpable del crimen que se le imputa.

Es evidente que esta disposición legal trae ventajas inmensas a la noble tarea de la Administración de justicia en materia criminal, por cuanto se concede a los jurados omnipotencia absoluta para la apreciación de las pruebas.

Nos referimos solamente en cuanto ella es aplicable al jurado de calificación, porque consideramos necesaria la supresión total del llamado jurado de acusación, rueda inútil que entraba la buena administración de justicia y que no tiene otro objeto que dar pávulo a la inercia de los jueces y a la demora de los juicios; y cuyo resultado definitivo es contrario muchas veces a la realidad de los hechos. Un jurado que apenas conoce imperfectamente el sumario, que no va al fondo del asunto pues que apenas lo conoce de oídas en la audiencia, sin que haya precedido traslado alguno, probablemente dará un fallo imperfecto.

El artículo citado no autoriza, sin embargo, para que los jurados basados en él puedan desconocer las reglas modeladas ya por la experiencia de los siglos

y aquellas que han servido de norma en sus investigaciones a los hombres sensatos.

El reconocimiento de estas reglas es indispensable, y así procede el jurado de Inglaterra, en donde podemos decir que esta institución ostenta la punta gótica de su perfeccionamiento, allí existe el *common law* que contiene la norma señalada al juez para llegar con acierto al final de sus investigaciones. En Francia, como entre nosotros, no existen expresamente estas leyes en lo que mira a las reglas que debe seguir el jurado, pero el sentido común indica que no de otra manera puede interpretarse la disposición consagrada en el artículo 304 de la ley 105 que es el mismo 342 del Código de Instrucción criminal francés; y así lo demuestra también la ley que establece el recurso de injusticia notoria creado para los casos en que estas reglas sean evidentemente violadas.

El procedimiento natural adoptado para la institución del jurado, permite elegir ciudadanos correspondientes a las diversas clases en que está dividida la sociedad, aunque ellos no tengan conocimiento alguno de las leyes; lo que da por resultado mayor amplitud para la selección de los que deben llenar las condiciones de honradez necesarias en toda persona encargada de administrar justicia.

Por medio de este procedimiento, el jurado aprecia mejor el testimonio humano, que es, como dice Bentham, el ojo y el oído de la justicia, y condena o absuelve según la convicción que se haya formado sobre el mérito de las declaraciones, sin sacrificar a la fórmula la voz de la conciencia declarando la culpabilidad de un individuo, cuando para sí mismo tiene que es inocente.

Autoridad no es razón, dice Bentham, para indicarnos que a los hombres no debemos creerles por su autoridad sino por las razones en que funden su dictamen; pero es lo cierto que la honradez y la virtud de un testigo que declara, hacen más peso en el ánimo que el dicho de dos o tres holgazanes que aunque no impedidos por la ley no ofrecen las mismas garantías de imparcialidad y rectitud. Con razón decía Napoleón en las Provincias del Rhin, en donde imperaba el sistema de la tarifa legal: Aquí no se puede castigar con el testimonio de un hombre honrado a un bribón, mientras que dos bribones pueden hacer condenar a un hombre honrado.

Por otra parte, es evidente que la ilustración influye especialmente en la manera de obrar del individuo. El hombre instruído penetra en el fondo de las cosas, en tanto que el ignorante las conoce de superficie solamente; de ahí que sea absurdo concederle el mismo crédito al sabio y al virtuoso que al que está ayuno de toda noción científica o que apenas está pisando las primeras gradas de la gran escala moral.

Si al médico consultamos sobre nuestras enfermedades y le damos crédito sin explicarnos la razón de su dicho sino únicamente acatando la autoridad de la ciencia que creemos posee, si guardando las debidas proporciones podríamos decir lo propio del abogado, del ingeniero, etc., así también el hombre que conocemos como virtuoso, que ha dado pruebas de honradez acrisolada, tiene derecho a que se crea en su palabra por la misma autoridad de su honradez y nosotros fundamento bastante para hacerlo.

En otros casos el jurado necesita estudiar además la calidad del testimonio. Tal sería por ejemplo cuando se presentaren dos testigos que reuniendo ambos iguales condiciones de honradez y omnímoda capacidad según el concepto del jurado, sus declaraciones fueran esencialmente contradictorias. El testigo que afirma, dicen los jurisconsultos, vale más que el testigo que niega: *Magis creditur duobus testibus afirmantibus quam mille negantibus.* Así pues el testigo que afirmara haber visto cometer el hecho, merecería más crédito que aquel que afirmara no haberse cometido jamás, y esto está fundado en la naturaleza misma de los hechos; pero es asunto de criterio en cada caso particular

saber si esta negación puede verdaderamente constituir una excepción al principio enunciado, lo que puede suceder en muchos casos; v. gr., si la naturaleza del testimonio negativo hace imposible que el hecho se haya cometido por determinada persona, como sucedería en el caso de que la coartada alegada por el testigo demostrara la verdad de la negación.

Pero así como es natural que los precedentes de un hombre honrado nos den motivo suficiente para presumir que dice la verdad y de consiguiente tener al menos una certeza moral de los hechos que asegura, así también existen motivos poderosos para dudar de todo el mundo cuando se presume interés en declarar de tal o cual manera, pues la experiencia nos enseña que cuando en un hombre están en pugna el interés y la verdad sucede generalmente que prevalece el interés. Es ésta la razón por la cual el jurado debe excluir a los testigos que presuma interesados en hacer de su declaración un arma de defensa o de acusación, pero para ello debe tener un criterio amplio sin sujeción a los cánones legales.

No se puede negar, es verdad, que existen hombres que sacrifican el interés a la verdad, pero ellos, desgraciadamente, son muy raros, son excepciones que no puede tener en cuenta el jurado, pues no le es dado al hombre sondear los penetrales de la conciencia para apreciar sin peligro de error un testimonio de tal naturaleza.

Decimos que es necesario que el jurado se abstenga al apreciar el testimonio de tener en cuenta las exclusiones señaladas por la ley, porque hay casos en que no existen los motivos que ésta tuvo en cuenta al declararlas. No siempre, por ejemplo, en el que ha sido condenado por testimonio falso (art. 168 del C. J.), obra la intención de engañar: Cuantas veces el hombre de precedentes honorables, movido por la envidia, los celos, la gratitud, el amor u otra pasión que quizá no influyó en su ánimo sino un momento, declaró falsamente, y, arrepintiéndose luego, siguió siempre por el camino del honor; es injusto negarle el crédito al que después de muchos años de que perjuró no se le ha vuelto a acusar de una sola falsedad; muchos hombres son modelo de lealtad y honradez a pesar de haber cometido cuando jóvenes toda clase de falsías. Precisa, pues, que el jurado conocedor de estos hechos aprecie el testimonio, no según el mandato de la ley sino según el conocimiento que tenga de los antecedentes y demás condiciones personales de quien declara.

Hay casos en que el testimonio declarado inadmisible por la ley puede ser de grandísima importancia para el jurado y servirle de motivo principal para dictar el fallo, como puede suceder también que un testmonio admisible según la ley, para el jurado no sea otra cosa que un instrumento de engaño.

Las exclusiones de los testigos por razones de edad, sexo, parentesco, servidumbre, intereses & son, en la generalidad de los casos necesarias; pero la determinación precisa de ellas por la ley, lleva a la impunidad de los delitos cuando estos son cometidos en presencia de personas cuya declaración la ley rechaza, o a que un inocente se prive de la libertad o de la vida por no tener otro testimonio que el excluido de antemano por el legislador.

Exigir la ley determinados testimonios para la convicción, dice Bentham, es lo mismo que conceder virtualmente el permiso de cometer toda especie de trasgresiones en presencia de aquellos que el juez necesariamente rechaza por mandato de la ley.

Lo natural es que el jurado sin aceptar de manera ciega el testimonio, examine particularmente, ayudado de la lógica, cada caso, y determine el grado de fuerza probatoria de los testigos, pesando los testimonios por medio de esas observaciones personales, comparando el valor de las declaraciones prestadas y midiendo la influencia que pueden ejercer en la voluntad las relaciones de diverso género entre el declarante y el acusado.

Para apreciar mejor estos hechos conviene el interrogatorio público en la audiencia, que presta grandísimas ventajas. Si hubiera un objeto a manera de aparato fotográfico, dice un autor, que trasmitiera fielmente hasta las emociones del testigo, la serenidad o turbación, el gesto, las vacilaciones, etc., ese sería el medio más adecuado para apreciar el testimonio; pero desde luego que éste no existe y que el jurado necesita del conocimiento de estos hechos, se hace menester que el interrogatorio se haga por el mismo jurado que ha de decidir sobre el asunto. El Código Alemán ordena con razón que se haga constar en el acta que se extienda de la declaración, la actitud y los gestos del acusado.

Sucede entre nosotros, en la generalidad de los casos, que los funcionarios encargados de instruir los sumarios son personas sin conocimientos suficientes, que para recibir las declaraciones de los testigos adoptan una fórmula única para todos los casos, de manera que los individuos conocedores ya de la forma en que se les ha de hacer el interrogatorio, con mayor razón los que están acostumbrados a declarar por negocio, haciendo de su conciencia un objeto de tráfico, por decirlo así, acomodan sus respuestas de manera que ellas aparezcan como la expresión sincera de los hechos. También acontece con no menor frecuencia que no se trasmiten fielmente tales declaraciones, de tal manera que casos han sucedido en que aparece en el sumario como afirmado por un testigo precisamente lo contrario de lo que éste quiso expresar en su declaración y descubrirse tal hecho hasta en el interrogatorio público verificado en la audiencia. La publicidad en tales casos da lugar a que el jurado con prudencia al interrogar al testigo aprecie circunstancias al parecer insignificantes, pero que para aquél pueden ser de importancia cardinal. El Jurado que ha de decidir en la causa tiene más interés en descubrir ciertos pormenores y en esclarecer ciertos hechos de que el simple empleado instructor no se *cuidó* y dejó pasar inadvertidos, por no tener para éste como para aquél el mismo grado de importancia el resultado definitivo del asunto.

Es en esta forma como el testimonio reviste mayores caracteres de veracidad y autenticidad. Así es como el Jurado examina también de mejor manera la influencia de las pasiones del testigo; tales como el temor, el odio, la venganza; el aspecto que presenta en presencia del acusado; conoce el estado psíquico del individuo; observa la memoria; la imaginación y la atención, facultades determinantes del mérito del testimonio; y en fin, aprecia mejor que en el escrito todas aquellas circunstancias que puedan extraviar la voluntad del declarante; y tiene a más de éstas, la inmensa ventaja de que se instruye al público para el concepto sobre el veredicto que dicte, lo que le sirve al jurado de estímulo para mejor acierto en el cumplimiento de su penoso cargo.

La publicidad induce al declarante a manifestar la verdad. En efecto, se necesita más audacia en el individuo para mentir ante un público que lo conoce, que le inspira respeto y de quien teme poder recibir algun día el calificativo de falsario, que ante un simple funcionario, como dijimos, en la generalidad de los casos ignorante y a quien por lo regular se pretende engañar.

Recomendable es, pues, que se introduzca en nuestros juzgados superiores el sistema adoptado en otras partes de citar para la audiencia pública a todos los testigos con el objeto de que allí ratifiquen sus declaraciones.

Esta ratificación dice Pothier es la perfección y como la última mano que da el testigo a la deposición que hizo, ya persisitiendo en ella, ya modificándola; de modo que los testigos, de cualquier clase y condición que sean, mientras sus declaraciones no sean ratificadas, no deben tenerse como fidedignas en contra del acusado.

Una vez que en nuestro procedimiento criminal está adoptado el sistema inquisitorial, pueden los jurados hacer concurrir al salón de la audiencia á

todos los testigos que crean útiles para el descubrimiento de la verdad, ventaja que los precave de que su conciencia sea informada solamente por testimonios llevados por las partes y pagos muchas veces para que declaren en sentido favorable a aquella que los presenta. En el deber de los jurados está el hacer allí todas las preguntas conducentes al esclarecimiento de la verdad y procurar en cuanto esté de su parte que tal testimonio sea tan exacto que puedan mediante él llegar al descubrimiento del delincuente.

Estas ventajas que presenta el interrogatorio en la audiencia resaltan más con respecto al acusado y por eso prescribe la ley tanto el interrogatorio de los testigos como el del acusado o acusados:

> Se leerán (en la audiencia) el expediente y si hubieren comparecido testigos se procederá a su examen. El juez, los jurados y las partes pueden hacer a los testigos las preguntas que estimen convenientes.
>
> El examen de los testigos se hará separadamente a menos que se estime conveniente verificar su careo o confrontación.
>
> Si del curso del debate o de los nuevos desarrollos que tengan lugar en la audiencia, naciere la necesidad de examinar a algunas personas como testigos, o de obtener la presencia de piezas de convicción, instrumentos o cosas de cualquier clase que sean, el juez lo ordenará así y lo hará cumplir, aun valiéndose de los apremios legales; pero las partes pueden tachar los testigos y aducir contrapruebas, todo dentro del término y del modo que el juez lo disponga. (Art. 294 de la ley 57 de 1887.)
>
> Hecho lo que se acaba de indicar, el juez interrogará al acusado o acusados sobre los cargos que le resulten del proceso, y las circunstancias que tienden a probar su culpabilidad; les pedirá explicaciones claras y categóricas respecto de los hechos que por cualquier circunstancia puedan estimarse incompatibles con su inocencia; y les arguirá con las contradicciones en que incurran y acerca de la inverosimilitud de los hechos que expongan en su defensa; y finalmente, hará todo esfuerzo posible a fin de que el reo se vea inducido por el tino con que se dirige el interrogatorio a relacionar los hechos con sinceridad y exactitud.
>
> Cuando haya varios reos se les examinará separadamente y luego juntos, si esto último se creyere conveniente. Los jurados pueden interrogar a los reos luego que concluya su interrogatorio el juez. (Art. 295 de la ley 57 de 1887.)

Cuando más se puede apreciar el valor del procedimiento natural, en materia criminal; cuando mayores ventajas presta a la administración de justicia a la vez que es cuando más tino y más conocimiento del corazón humano necesita un jurado, es tratándose de la confesión del sindicado.

Si el jurado por sí sólo y valiéndose de su amplio criterio no siempre puede descubrir si una confesión es verdadera, mucho menos lo podría hacer si sujetara al casuismo extemporáneo de una ley o a la red de una tarifa su apreciación.

¡Cuántas condenaciones injustas registraría la historia si a la confesión en materia criminal se hubiera dado fuerza probatoria absoluta!; muchos padres hubieran sido condenados por los delitos cometidos por sus hijos, muchos hijos por los delitos de sus padres, y muchos hombres llevados por el deseo de gloria hubieran recibido el castigo por atribuirse hechos que nunca cometieron, tan sólo por hacerse grandes ante su patria y recibir las alabanzas de los suyos.

En materia civil, se explica por qué la ley aprecia la confesión y le da a esta un valor absoluto; el demandado puede renunciar a sus intereses pecuniarios y con la confesión, si no es sincera, hacer una donación sin que esto interese a la sociedad; no acontece lo mismo en materia criminal: los derechos a la libertad y a la vida son derechos en que está interesado el orden público. Es pues extraño sobremanera el procedimiento admitido en Inglaterra de que la confesión espontánea del reo excluye la reunión del jurado y que mediante ella el juez de derecho puede condenar sin necesidad del veredicto.

La ley colombiana en esta materia dispone que para que la confesión del sindicado se tenga como plena prueba es necesario que por otra parte esté suficientemente comprobado el cuerpo del delito. Pero no basta esto solo al jurado, sino que conviene además que esta confesión concuerde con las demás circunstancias probatorias de la causa acerca de la responsabilidad del acusado, pues en el caso contrario sería solamente un principio de prueba que debería completarse para fundar un veredicto condenatorio. Circunstancias son estas de pura táctica moral que no pueden amalgamarse por medio de principios generales consignados en las estrechas leyes.

La ley dispone que la confesión del acusado que no se haga ante juez competente o funcionario de instrucción, presente el secretario, no hará plena prueba sino un grave indicio; pero para el jurado tal confesión trasmitida fidedignamente puede tener la fuerza de plena prueba si las circunstancias en que ella se hizo no dejasen duda acerca de la culpabilidad del acusado si éste en un acto solemne y en presencia de las consecuencias perjudiciales que tal confesión le acarrearía declara ser el autor de tal o cual delito y concurre además la verosimilitud de la culpabilidad, el jurado con la libertad de apreciación seguramente no solo daría a tal confesión la fuerza de un indicio como lo determina la ley, sino la misma fuerza probatoria que si hubiese sido rendida ante el juez competente.

Otra circunstancia que debe reunir la confesión en este juicio es que sea expresa; el jurado no debe presumirla como lo hace la ley en ciertos casos. El silencio del acusado no es bastante para que pueda considerársele cuplable.

La confesión como prueba es de suma importancia en los juicios por jurados; ella es, dice un autor, cuando tiene los requisitos señalados, la esponja que borra las dudas que pueden existir en el ánimo de los jurados; de aquí la importancia que tiene el procurar que ella sea la expresión sincera de los hechos, circunstancia que no podría apreciarse debidamente estando oscurecida por las restricciones legales.

En materia de indicios parece por demás decir que el procedimiento natural es el único aplicable, puesto que el legislador, excepción hecha de determinadas presunciones, necesariamente lo prescribe aun en materia civil, dejando a la razón del juez de derecho su apreciación, quien bien puede considerarse en esta prueba como verdadero jurado.

La prueba de indicios se funda en el conocimiento que tenemos de las leyes tanto físicas como morales y del obrar de la naturaleza en conformidad con tales leyes; pero si la naturaleza obra siempre de acuerdo con las primeras, no sucede lo mismo con las leyes morales, porque, como dijimos atrás, los actos humanos no tienen entre sí una relación necesaria y constante ni producen siempre los mismos resultados; hechos distintos pueden ser conocidos por múltiples manifestaciones idénticas.

En materia penal la manifestación de la verdad absoluta se impone y la ley no puede sentar como verdaderos hechos muchas veces engañosos, ni puede llegar a imponer con certeza hasta qué punto un hecho es indicativo de otro.

Que el estudio de la naturaleza del hombre nunca se perfecciona lo bastante para fijar de acuerdo con ella leyes inmutables y absolutas nos lo demuestra la experiencia misma; si por ella damos fe a los indicios como conectados con otro hecho principal, también por ella conocemos que esos nuevos indicios pueden ser resultantes de hechos enteramente distintos de aquel que suponemos.

Tan absurdo es sujetar a la ley el valor de los indicios, que aun con la libertad de apreciación en cada caso particular, necesita el jurado de gran prudencia y discernimiento para formar una convicción que dé por resultado un veredicto justiciero.

Los indicios que más poderosamente pueden obrar en el ánimo de los jurados son los que provienen del conocimiento que estos tengan del acusado, ya sea este conocimiento personal ya sea adquirido por medio del testimonio. La conducta observada con anterioridad al hecho, la reputación adquirida durante muchos años por un trabajo honrado, la moralidad y demás condiciones favorables al acusado harán descubrir no pocas veces el papel que la calumnia y la impostura han jugado en la causa, así como también los antecedentes y demás circunstancias contrarias servirán de fundamento para creer en los cargos formulados contra el acusado ¿Cómo podría la ley avaluar estos antecedentes y circunstancias ni aun siquiera dar reglas generales que no cortaran el vuelo del raciocinio y que no desvirtuaran la persuasión íntima o los conocimientos adquiridos por el jurado?

Pero no sólamente el conocimiento imperfecto de la naturaleza del hombre resultante de la libertad y el libre albedrío, hace que la prueba de indicios sea esencialmente falible; los indicios fundados en las leyes físicas tampoco son enteramente exactos, ya porque no todas las leyes físicas se conocen con precisión, ya por ser equívoca la relación que puedan tener los hechos indicantes con el hecho principal.

La ley exige para que el juez de derecho pueda fundar en los indicios la sentencia, que estos sean graves, precisos y concordantes; y si esta gravedad, precisión y concordancia son estimadas según la ley por el juez de derecho, con mayor razón en los juicios por jurado: es a éste a quien debe corresponder la apreciación de tales circunstancias.

También exige la ley que sean varios: un solo indicio no hará plena prueba si no es necesario dice el artículo 1703 del Código Judicial; es decir, si no hay tal correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos de haber existido el otro. No concebimos nosotros cuando pueda presentarse a un jurado un indicio de tal naturaleza para demostrar la responsabilidad si no fuera la presencia misma del hecho criminoso, en todos los demás casos el indicio único y necesario nos parece imposible.

¿Hasta dónde se extiende esta variedad de los indicios? Si la ley no lo prescribe con relación al juez de derecho, mucho menos podría fijársele al jurado un número siquiera fuese aproximado; es esto, asunto que se debe dejar solamente a la operación intélectual del jurado según las circunstancias que ocurran en cada caso particular. Puede suceder en muchos casos que un solo indicio no necesario dé lugar a fuertes inducciones que vienen a formar en el ánimo del jurado la íntima convicción de la criminalidad del acusado.

La prueba de indicios aun con la libertad absoluta de apreciación es demasiado peligrosa; ella no debe servir de base para dictar un fallo condenatorio, sino cuando después de un minucioso examen resulte el hecho indicativo suficientemente probado; cuando la relación que existe entre este y el averiguado no ha podido ser desvirtuada por la defensa; en una palabra, cuando son tales las circunstancias que, aguzando el entendimiento, no se les encuentra otra explicación que la responsabilidad del sindicado.

Toca al jurado resolver cuestión tan delicada y de tanta frecuencia; los delitos son ocultos en la generalidad de los casos y de aquí que de ellos solo se suministren indicios y que de su apreciación dependa el resultado de la causa.

La prueba pericial no tiene otro objeto que la de instruir a los jurados para el mejor esclarecimiento del asunto, pero en manera alguna para fundar en ella su dictamen. Si la ley impusiera a los jurados la obligación de sujetar el fallo al concepto pericial sin dejarle amplia libertad para examinar el dictamen de los peritos, equivaldría a dar a estos la misión de juzgar, tanto más

cuanto que entre nosotros sucede con frecuencia que los peritos—extralimitando sus funciones—especialmente los llamados médicos legistas y convirtiéndose en apoderados de las partes no se limitan al concepto, sino que penetran en el fondo del asunto y quieren imponer determinado veredicto como consecuencia de su mismo dictamen.

El proceso es la única fuente de información de los jurados.

La soberanía concedida por la ley en materia de pruebas parece admitir que el veredicto puede ser fundamentado en conocimientos personales distintos de los que figuran en el expediente y aun en pruebas secretas. No es así sin embargo, esta soberanía está contrapesada por el derecho de defensa que tiene el acusado y que depende del conocimiento que éste tenga de las pruebas con que se pretenda inculparlo, pues precisamente la fuerza de éstas está en que pudiendo ser desmentidas por la parte perjudicada no lo hayan sido satisfactoriamente; requisito que no puede cumplirse en el caso de que ellas existan solamente en el recóndito entendimiento del jurado sin que se expresen por un signo manifiesto que indique a la víctima a donde debe dirigir sus defensas.

Es principio de justicia, admitido por la totalidad de los hombres sensatos, que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio y por consiguiente las pruebas secretas, admisibles que lo fueran por el jurado, harían tan odiosa la institución como lo eran los tribunales inquisitoriales de la edad media y como lo son hoy entre nosotros los llamados Consejos de Guerra extraordinarios y demás Tribunales de Jurisdicción excepcional, en donde sin fórmula de juicio se priva de la libertad sin tener en cuenta el principio enunciado y consignado en nuestra Constitución Nacional.

La instrucción sumarial preparatoria, dice González de Alva, y las pruebas aportadas al juicio, apreciadas con aquella imperturbable serenidad que el juez habrá de poseer en su espíritu al juzgar, son el arsenal legítimo donde la acusación y la defensa habrán de acudir para luchar en el juicio, y no parecería lícito al juzgador inspirarse en prejuicios extraños a ese purísimo manantial que es a la vez fuente de convencimiento, fundamentando su sentencia en motivos particulares de persuasión, divorciados seguramente, no ya de la resultancia del proceso sino hasta de la conciencia social, factor importante para la autoridad requerida en los fallos judiciales.

Con razón la ley al conceder al jurado la libre apreciación de la prueba, le pone sin embargo restricciones que indican que ellos no pueden prescindir de los autos para la decisión del asunto. "Les ordena sólo, dice la ley, interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento e investigar en la sinceridad de su conciencia que impresiones han hecho en su espíritu las pruebas *creadas* contra el acusado y las *producidas* en defensa de éste." Las pruebas que no hayan sido producidas, es decir, presentadas y manifestadas en apoyo de la causa, según este texto legal, no pueden dar mérito para resolverla.

Bentham dice que los solos conocimientos del juez serían decisivos si éste sólo a sí mismo tuviera que satisfacer, pero su persuasión es ineficaz sin la del público y no basta que su decisión sea justa sino que es necesario que lo parezca. El jurado, es verdad, no tiene que dar cuenta a nadie de su fallo, pero éste es conocido más pronto y con mayor interés por un público que conoce el juicio y cuya satisfacción importa para el buen nombre de aquél.

A más de esto la declaración de injusticia notoria de que habla el artículo 81 de la ley 100 de 1892, tiene necesariamente que fundarse en los autos, y si el jurado al pronunciar su fallo hubiera prescindido de ellos, éste quedaría luego anulado al pasar al conocimiento del juez de Derecho quien, no encontrando en los autos las pruebas suficientes, haría la declaratoria de tal injusticia como se lo previene la ley.

Es necesario que el jurado tenga presente que la presunción está siempre a favor del acusado; que a nadie se puede condenar mientras no se le pruebe

culpabilidad, y que esta prueba corresponde al interés colectivo del cuerpo social lesionado por el delito y representado por el Ministerio Público; si no se suministra esta prueba o si ella no es suficiente, necesariamente tiene que absolverse al demandado.

Al acusado no le es necesario probar su inocencia cuando no se ha demostrado su culpabilidad; y si éste alega excepciones en defensa suya, es principio admitido y fundado en la benignidad que debe reinar en materia penal que en este caso basta que la excepción se haga probable y no ofrezca por otra parte caracteres de falsedad, de manera pues que si la prueba completa debe exigirse para condenar al acusado, basta la verosimilitud de ser ciertos los hechos alegados en su defensa para fallar en su favor. Principio es éste que está también de acuerdo con las tendencias de la jurisprudencia moderna. Si la absolución de un culpable trae peligros inmensos para la sociedad, mucho mayores y más alarma trae para ella la condenación de un inocente.

Así lo consagraba la ley de las partidas con estas palabras: "E aun decimos que los juzgadores todavía deben estar más inclinados e aparejados para quitar los omes de penas que para condenarlos en los pleitos que claramente no pueden ser probados, o que fueren dudosos, ca más santa cosa es e más derecho quitar al ome de la pena que mereciese por yerro que hubiese fecho que darla al que la non mereciese nin hubiese fecho alguna cosa porqué. (Ley 9, título 1, parte 7.)

Bentham, fundado en lo que él llama presunción antejudicial, establece la teoría contraria, pero ella ha sido con razón declarada inadmisible por todos los demás autores de pruebas judiciales; Bonnier dice que el admitirla en materia criminal sería abrir la puerta a los procesos más escandalosos y a las vejaciones más intolerables.

Se dice que la falta de pruebas no es motivo suficiente para que el jurado dé patente de inocencia a un individuo contra quien existen fuertes sospechas de culpabilidad; esto es cierto, pero observamos primeramente que la certeza que requiere el jurado para condenar no es la certeza absoluta demostrada matemáticamente, sino la certeza moral que Ginebra define "aquella cuyo opuesto repugna al modo común como proceden los hombres"; o como la llama Condorcet 'una suma de probabilidades que no destruye la probabilidad de la opinión contraria.' En segundo lugar, el jurado no declara inocente a nadie; su veredicto absolutorio quiere decir solamente que no está demostrada la culpabilidad del sindicado.

El jurado que a falta de pruebas suficientes mide el fallo en proporción con las probabilidades adquiridas, es decir, que busca una atenuación cuando la responsabilidad no está plenamente comprobada, desconoce la unidad de la verdad y no califica la responsabilidad sino que califica las pruebas solamente, mejor dicho, confunde la prueba con el hecho criminal. "Aquél que castiga la mitad porque la prueba ha bastado para producir media convicción solamente, comete la misma falta de lógica, dice Lieber, que cometería un navegante que porque solo veía confusamente algo que pudiera muy bien ser una roca no cejase sino a medias de su rumbo para evitar el peligro."

Este sistema a pesar de su equidad no ha sido siempre practicado: En Roma, cuando las probabilidades pesaban igualmente sobre una y otra parte, se apelaba a la suerte para dictar el fallo y la parte favorecida por ella obtenía la sentencia a su favor. En materia civil se procedía concediendo a las partes en proporción a la fuerza de las pruebas presentadas.

El objeto principal de la prueba en materia criminal es en primer lugar la demostración de la existencia de los elementos materiales constitutivos del hecho, o sea lo que llaman los criminalistas el cuerpo del delito, expresión que nuestra ley positiva no sabe definir; en segundo lugar la comisión del hecho material

por la persona a quien se pretende imputar; y por último, la responsabilidad penal.

La probanza de estos tres hechos es indispensable, de manera que la no demostración de uno solo de ellos basta para hacer necesaria la absolución del acusado.

Es necesario la demostración del cuerpo del delito: la justicia penal tiene por objeto único impedir la alteración del orden social y esto no puede verificarse sino por medio de hechos externos que deben hacerse patentes al jurado por medio de las pruebas. Los actos internos en ningún caso constituyen delito.

El cuerpo del delito puede ser demostrado por cualquiera de los medios probatorios que se presenten. Se ha pensado que la existencia del cuerpo del delito no puede comprobarse sino mediante la inspección, mas si es cierto que todo delito se manifiesta por hechos materiales, hay algunos como la calumnia que por la naturaleza misma del delito no dejan después de su comisión rastro alguno material, y hay otros en que, debido a la astucia misma del delincuente, han sido borradas todas las señales, por lo que ellos son inaccesibles a esta clase de probanza; el restringir la prueba a este solo medio equivale a restringir también el castigo merecido por los culpables.

La apreciación de las pruebas tocante a la demostración del cuerpo del delito corresponde principalmente al juez de Derecho para dictar el auto de proceder, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1627 del Código Judicial, sin que esto releve al jurado del deber de examinarlas nuevamente.

Lo propio sucederá cuando no se suministra la prueba completa que indique el verdadero autor material del hecho, pues como ya hemos visto la insuficiencia de pruebas impone la absolución del acusado.

Por último, la responsabilidad penal debe estar suficientemente demostrada porque la pena que se imponga supone el delito, concepto que envuelve voluntad y malicia. La demostración de la responsabilidad penal comprende la de los hechos anteriores.

Para apreciar esta responsabilidad debe el jurado tener en cuenta las circunstancias personales del acusado; allí, de la misma manera que un médico para el tratamiento terapéutico no se contentaría con el conocimiento abstracto de la enfermedad sino que analizaría al enfermo en sí mismo, en sus antecedentes hereditarios, morbosos, etc., así también el jurado no debe perder de vista al presunto delincuente. El estudio de la fisonomía, la edad, el sexo, las señales antropológicas y las emociones manifestadas por signos exteriores, pueden servir al jurado para evidenciar el estado fisio-psicológico o psico-patológico y demás circunstancias necesarias para apreciar el grado de responsabilidad.

Demostrada la existencia del cuerpo del delito y la comisión del hecho delictuoso por el acusado, es a éste a quien corresponde entonces aducir las pruebas que destruyan o atenúen su responsabilidad. Es necesario suponer que todo el mundo obre en el estado normal de sus facultades intelectuales y morales y de consiguiente que toda violación de la ley es maliciosa y voluntaria; quien pretenda destruir esta presunción necesita probarlo, o a lo menos hacerlo verosímil de acuerdo con la benignidad que debe reinar en materia penal. El principio enunciado, según el cual a todo el mundo debe tenérsele por inocente mientras no se le demuestre culpabilidad, lo entendemos solamente en el sentido de que en tanto que no se pruebe que un individuo es autor de un hecho debe presumirse que no lo ha cometido. La responsabilidad sí se presume por la misma comisión del acto, y los hechos alegados para destruirla, son excepciones que toca al sindicado demostrar: *reus in exceptione actor est.*"

De manera, pues, que un veredicto condenatorio equivale a declarar que ha tenido lugar un hecho delictuoso verificado por tal individuo, quien lo hizo con

voluntad libre y con conocimiento perfecto de la malicia de tal hecho, por lo cual es responsable ante la ley.

Si esta responsabilidad no ha sido demostrada, por muy probado que resulte el hecho criminoso, y aunque el jurado tenga la convicción íntima de su existencia, el veredicto absolutorio se impone.

Cosa distinta es cuando de las pruebas, en concepto del jurado, resulta demostrado un hecho distinto de aquel sobre que está llamado a decidir, pues en tal caso puede hacer constar tal circunstancia en el veredicto que pronuncie.

Hay quienes opinan que ésta no es atribución del jurado porque las pruebas aducidas en demostración de un hecho distinto no han sido materia del debate y queda violado el principio que enunciamos atrás, según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; pero debe tenerse en cuenta que en tal caso el veredicto no motiva la sentencia condenatoria del juez, sino que de conformidad con el sistema inquisitorial de nuestra legislación en materia penal, sirve tan sólo para que se investigue por el funcionario competente y se dicte luego el respectivo auto de proceder según las pruebas levantadas en el nuevo sumario, si fuere el caso de acuerdo con las disposiciones legales.

Aunque los jurados conocen solamente de la responsabilidad del individuo en un hecho dado sin considerar éste en su aspecto jurídico, por lo que se les llama jueces de hecho, pueden sin embargo en vista de las pruebas presentadas dar su decisión de manera que el delito quede comprendido en determinada disposición del Código Penal. En otros términos: el jurado puede en vista de las pruebas presentadas decidir sobre las circunstancias agravantes o atenuantes siempre que no se expresen las disposiciones legales, pues es al juez de Derecho a quien toca la aplicación de la ley correspondiente a los hechos indicados. Dentro de los umbrales de los hechos en lo que toca a la expresión de ellos con todos sus matices y explicando las circunstancias materiales o morales que los modifiquen, puede el jurado extender su acción, hasta modificar sustancialmente el cuestionario presentado por el juez de Derecho, si así lo exige la naturaleza de las pruebas aducidas en el juicio.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que son graves, gravísimos los inconvenientes de la prueba legal y de funestos resultados su aplicación en los juicios por jurado, a la vez que son grandes las ventajas que trae para la institución el procedimiento natural. La experiencia y el estudio de los más célebres procesos así lo demuestran y a ello se debe el que tal procedimiento se abra campo por en medio de preocupaciones arraigadas y de especulaciones anejas. El jurado ha sido la institución salvadora fruto de la experiencia y el estudio que está llamado a reemplazar estas teorías y estas preocupaciones, haciendo que la prueba no sea solamente el resultado de una amalgama de principios, sino que ella esté fundada como dice Erskine "en la filosofía de la naturaleza, en la caridad de la religión, en las verdades de la historia y en la experiencia de la vida común."

Pero para que el procedimiento estudiado llene su objeto, para que no queden impunes los delitos, a la vez que se ponga a salvo la seguridad de los inocentes, fin principal a que debe dirigirse la actividad social, requiere la institución del jurado ciertas condiciones que el legislador debe tener cuidado en precisar.

Los ciudadanos inscritos en las listas formadas por el tribunal superior para desempeñar el cargo deben ser personas aptas para ello; deben tener cultura e instrucción suficientes para raciocinar y formar un juicio exacto sobre las impresiones recibidas; si el individuo para formarse conciencia de la existencia de un hecho no necesita sino del sentido común, para formarse juicio exacto de la moralidad o inmoralidad, de la justicia o injusticia del acto, tiene necesidad de valerse de las luces de la razón cultivada por las relaciones

sociales. Recordemos lo dicho ya, de que todo delito se compone de un elemento material y de un elemento moral y que el jurado no decide solamente sobre el elemento material de la comisión del hecho, sino sobre el elemento moral de la responsabilidad del sindicado, cuestión de ética infranqueable para quienes no tienen siquiera sea un discernimiento sensato.

No importa la clase social a que pertenezca el jurado, basta que su posición sea relativamente independiente y que tenga los medios necesarios de subsistencia para que pueda conjeturarse que llena sus funciones sin peligro de venalidad. El interés por el orden social se presume más arraigado en quien tiene mayores intereses que defender.

El derecho de recusación concedido al reo es indispensable en esta clase de juicios. Cuando la diferencia de razas, de religión, de partidos, pudiera hacer sospechoso un veredicto, este derecho lo legitima por completo, pues la condena impuesta por los jurados que el mismo reo admitió puede decirse que equivale a un castigo aceptado de antemano por sí mismo.

La independencia del jurado como la de toda rama del poder judicial es requisito esencial para que la institución produzca los resultados apuntados, y para que esta independencia sea efectiva necesítanse en la Nación donde ella exista instituciones que la garanticen y defiendan. "La institución del jurado para poder arraigarse," dice Mittermaier, "necesita el suelo de un país políticamente independiente, abierto desde mucho tiempo a las ideas políticas, conocedor de sus derechos, decidido a sostenerlos y fortificarlos; capaz de hacer frente al poder con osadía; pronto siempre a desconfiar de toda institución que pueda facilitar los ataques contra la libertad de los ciudadanos; necesita de un pueblo que se interese vivamente por los negocios públicos; que sepa comprender el valor de la independencia de los jueces y cuya educación esté bastante adelantada para que en cualquier estado de la causa pueda encontrarse en su seno número suficiente de jurados imparciales."

La institución del jurado en esta forma exige también una legislación penal bien organizada. El jurado por regla general está siempre inclinado a la benignidad, porque es siempre más fácil perdonar que castigar cuando no media la venganza personal, y una ley penal que castigara los delitos con severidad exagerada, sería causa para que el jurado mirara con horror y su conciencia rechazara un veredicto que aunque justo sería de consecuencias funestas y sobrepasaría el castigo merecido. La ley dice a los jurados que faltan a su ministerio si pensando en las disposiciones de la ley penal se fijan en las consecuencias que podría tener con relación al acusado el veredicto que han de pronunciar; pero esta disposición es ineficaz porque va contra la misma naturaleza humana. Es cierto que el jurado no es quien condena a los acusados pero la sentencia condenatoria se fundará en su veredicto y es absurdo suponer que un simple artículo consignado en la ley pueda acallar la voz de la conciencia que reprueba el castigo superfluo, impuesto como consecuencia de su decisión.

Concluímos de lo expuesto que si el procedimiento natural adoptado por el jurado con las condiciones expuestas y después de haber llenado la ley todos los vacíos que el estudio de la institución ha encontrado, todavía no satisface de manera absoluta la buena administración de justicia, si la historia con todo esto registra muchos casos de delitos impunes y de condenas injustas, ellas son excepciones imposibles de evitar cuando el hombre no conoce la perfección absoluta, son errores que no podemos atribuir propiamente al procedimiento sino a la falibilidad que necesariamente acompaña a todos los actos humanos.

Adjournment.

SESSION OF SUBSECTION 2 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Monday morning, January 3, 1916.

Chairman, SIMEON E. BALDWIN.

The session was called to order at 10 o'clock by the chairman.

The CHAIRMAN. I regret to say, ladies and gentlemen, that I am called away at the present time, and must take the liberty of calling to the chair Mr. Jackson H. Ralston, of the bar of the District of Columbia, and a distinguished authority on international law, who will preside during the rest of the meeting.

The CHAIRMAN (Mr. Ralston). Ladies and gentlemen, in opening the session to-day we shall have the pleasure of listening first to Mr. William W. Smithers, formerly secretary of the Bureau of Comparative Law of the American Bar Association, who will address us on "Public law as affecting legal procedure in civil causes." I take great pleasure in introducing him.

PUBLIC LAW AS AFFECTING LEGAL PROCEDURE IN CIVIL CAUSES.

By WILLIAM W. SMITHERS,
Member of the Bar of Philadelphia.

Public law, fundamentally considered in respect of its source, means direct legislation by the people—an individual expression of aggregate will by a human group, identified usually with a given territory. The primary purpose sought to be realized finds initial result in either a deliberately constructed or a remodeled political entity now commonly denominated a "State." The former, here on the Western Continent, where community life has manifested civic, ethical, and material achievements unheralded by history, has become doctrinal, while the Old World still adheres to the evolutional or traditional theory. Consequently, the term "public law" as applicable to and understood within the 5 federal unions and 16 single sovereignties of this hemisphere forms part of an addendum to the world's politico-juridical nomenclature known as the American system. These several independent nations have blended those essentials of private rights, individual liberty, and political freedom that became quick and growthful when wrested from King John, with those fundamental principles of comparative justice embodied in the positive law of the "Twelve Tables." To these two bases of human progress, however—the asserted rights and political aspirations of the Anglo-Saxons and the

inherent accuracy and comprehensiveness of the private law of Rome—the American nations have added and maintained with unswerving persistency the basic dogma of constitutionally defined government by representatives. This advance beyond the settled lines of European doctrines and experiments is a unique product of American soil, whether viewed from the standpoint of delegated powers expressed in the federal compact or that of reserved powers distinguishing the State organic document, and is equally applicable to North, Central, Caribbean, and South American Republics.

Some men perceive a divine purpose in the fact that this new régime originated in the virgin forests of this hemisphere, apart from and in defiance of the Old World, pointing out that it has been again and again triumphantly proclaimed and extended, notwithstanding the shock of war and the intrigues of designing statesmen. Though developed by separate and sometimes antagonistic political groups, it has steadily progressed toward and finally evolved a standard American Commonwealth, identified and distinguished by the direct creation of a government consisting of three independent departments, to be administered through representatives only, as a self-imposed check upon and safeguard of the sovereignty of the people. Every nation on this side of the Atlantic now stands forth as a devoted champion of this ideal in human government. The President of the United States aptly said in his first message to the Congress now sitting: "The moral is, that the States of America are not hostile, but cooperating friends, and that their growing sense of community interest, alike in matters political and in matters economic, is likely to give them a new significance as factors in international affairs and in the political history of the world.

"* * * This is Pan Americanism. It has none of the spirit of empire in it. It is the embodiment, the effectual embodiment, of the spirit of law and independence and liberty and mutual service."

The distinctive characteristic of what may be termed a true republican democracy into which the American system has so happily developed leaves but one logical opportunity for direct legislation by the people, and that is in the adoption or amendment of the organic law. Our Federal Constitution, although forming a union of States, was not ratified by their legislatures but by delegates specially elected by the people in each State. That principle was consecrated at the outstart by the action of delegates so elected in Delaware in ratifying the federal pact on December 7, 1787, and since 1792, when Kentucky framed her constitution, every organic instrument has been submitted to the people for direct action thereon. He would be a bold man, indeed, who in this day should propose the enactment of a State constitution by a convention only.

Real "public law," therefore, on this hemisphere is limited scientifically and in derivative theory to that which is expressed in a written constituton whereby a people have instituted a definite republican form of government by direct vote.

It may be urged that there are other occasions upon which the people may make law direct—for example, by those triple anomalies called initiative, referendum, and recall—sudden spawn of political hysteria, sustained for a period by unscrupulous politicians and self-serving demagogues, but now happily very largely ignored. although appearing in the 1907 Oklahoma constitution, the latest and most un-American and unscientific product of organic law still subsisting. Those measures obviously can not outlive the self-destroying force generated by their inherent unfitness and superficiality. They stand nakedly repugnant to the fundamental necessity of legislation by representatives as the required check upon unreasoned and misguided majority decision. No consid-

eration was given them in the recent convention for the revision of the constitution of New York, presided over by one of the most learned, patriotic, and esteemed of our citizens, Mr. Elihu Root. In the few States where the initiative, referendum, and recall have been constitutionally recognized there are increasing indications of their repudiation or desuetude. Obviously, if one statute or the tenure of one office can be made dependent upon direct vote of the people, then all legislation can be so effected, representatives be eliminated, executives made unstable and irresponsible, and the basic feature of a republican form of government, guaranteed to the States by the Federal Constitution, will be lost. Scientifically, all such devices for enacting general laws and making administration uncertain have no place in the true American system.

In this domain of American public law or constitutional expression of the will of the people there are scientific principles which should be studiously adhered to if our several nations are to fulfill their highest aspiration as free peoples.

Mr. Webster, in his famous speech on the presidential protest and incidentally on liberty in general, delivered in the United States Senate in May, 1834, said: "The first object of a free people is the preservation of their liberty, and liberty is only to be preserved by maintaining constitutional restraints and just divisions of political power. Nothing is more dangerous than the pretense of a desire to simplify government. The simplest governments are despotisms, * * * but all republics, all governments of law, must impose numerous limitations and qualifications of authority and give many positive and many qualified rights. * * * Every free government is necessarily complicated, because all such governments establish restraints, as well on the power of government itself as on that of individuals." (IV Works of Daniel Webster, p. 122.)

These "constitutional restraints and just divisions of political power" are fundamental doctrines, equally accepted and applicable in Argentina, in Costa Rica, in the Federal United States, and in our several single States. It can not be said, however, that there has yet been adopted a constitution that accurately or adequately exemplifies these principles. Indeed there have been frequent and flagrant departures from them, especially in this country. Very few of our State constitutions which have been adopted within the past 25 years are in themselves consistent, uniform with one another, or in any sense scientific. They are of unreasonable length and unnecessary verbiage, embodying departmental details that are seldom helpful, frequently obstructive, and often in contradiction of general powers bestowed, constituting a highly confusing and inappropriate mixture of private, administrative, and public law. Obviously such provisions have no legitimate place in an instrument intended as a mere framework of government in which full and independent executive, legislative, and judicial powers are designated and distributed.

Much, indeed, could profitably be said regarding many executive and legislative provisions in our own constitutions as well as in those of our sister Republics which should have been left to general legislative action and can not by any process of reasoning be justified as organic.

This paper, however, is intended to be limited to a presentation of some considerations respecting the scientific aspect of public or constitutional law in its relation to civil procedure.

In every American constitution the whole ordinary judicial authority of the State—that is, the power to hear and determine controversies concerning rights and obligations recognized by law—is conferred upon some body or bodies designated by a title commonly applied to the exercise of judicial functions and such other bodies of similar attributes as the legislative branch may create.

The initiative in such organic declarations is found in the Federal instrument of this country which adds a specification of jurisdiction, commands that the Constitution, laws, and treaties shall be the "supreme law of the land," and empowers Congress to make all laws necessary and proper "for carrying into execution" the powers conferred. There is not a word on civil procedure save a distinction between "cases in law and equity" included in the power clause (Art. III, sec 1). By amendments soon adopted the principles of "due process of law" (fifth), the trial by jury, and the common-law review in civil causes (seventh) were incorporated. All were proposed to the States by Congress on September 23, 1789, 15 months after the Constitution had become effective by the ratification of the ninth State (New Hampshire, June 21, 1788), and before the last of the original States had ratified it (Rhode Island, May 29, 1790). The amendments committed the Federal system to the jurisprudence of the common law of England as transplanted and existing at the date of independence. The "due process of law" amendment is so intertwined historically with the rights of political and individual liberty that it must be recognized as a necessary organic safeguard. It is not in derogation but rather constitutes a bulwark of the judicial power, and is but a reasonable check upon the executive and legislative branches. The other two amendments—the jury trial and common law review provisions—were the first manifestations of the popular propensity to sacrifice future possibilities to a particular present conviction and represent to the minds of many the most unscientific features of our revered organic law. As would be reasonable to suppose, those and some other subsequent amendments had some general effect among the States in the same direction, the singularity being observable that amendments have rarely been to strike out but always to amplify, add to, and insert. Thus trial by jury and common-law reviews have been permitted to remain, and have also been incorporated in the State constitutions. Indeed the former appears in many of those of the Republics whose jurisprudence is purely that of the later civil law. The spirit of amendment, however, has not halted at these additions. A vast number of provisions, some incongruous, startling, and even truly ludicrous, intended to coerce, direct, or restrain courts in their civil procedure have become incorporated in the State constitutions of this country, and to some extent in those of Central, Caribbean, and South America. Among them may be mentioned: Judges shall decide cases within 90 days (California, Washington), or 30 days (Idaho), 60 days (South Carolina), or 6 months (Oklahoma) after the term when heard; the Supreme Court must dispose of every case at the first or second term (Georgia); every point must be decided and reason given in writing (Oklahoma, Washington); judges must state law and reasons for decisions (California, amend. Nov. 8, 1904; Louisiana, North Dakota); concurring and dissenting opinions not to be published (Louisiana); court must prepare a syllabus to be prefixed to published report (North Dakota, Utah); a majority necessary to a decision (California, Idaho, Montana, Rhode Island, amend. 12, Oklahoma, South Dakota, Wyoming, Washington); one form of civil action only (Idaho, Montana, North Carolina, Nevada, Ohio, Utah); abolishing distinction between law and equity (Idaho, Michigan, North Carolina, Ohio, South Carolina); or they be administered in same action (Montana, Nevada); equity jurisdiction conferred on common law courts (Georgia); law and equity shall be kept separate (Iowa); testimony in equity to be taken as in common law cases (New York, Wisconsin); feigned issues abolished (Idaho, North Carolina); judge shall not charge jury on facts (Arkansas, California, Delaware, Louisiana, Nevada, South Carolina, Tennessee, Washington); nor comment on them (Washing-

ton); judge may state testimony and declare the law (California, Nevada, South Carolina, Tennessee); judge must declare the law (Arkansas, Washington, Rhode Island); amendments in civil cases to be allowed on such terms as courts may deem reasonable (Delaware); parties may be witnesses (Arkansas, sched. 2: Iowa); parties may be compelled by adversary to testify (Iowa); personal representatives of a decedent, when parties, not allowed to testify in civil cases unless called by adversary or required by court (Arkansas, sched. 2); testimony of aged, infirm, or going witnesses may be taken by deposition, and courts to have power to obtain evidence outside the States (Delaware); no right or remedy to be reviewed when one barred by lapse of time or any statute (Mississippi); payment into court by defendant in any pending debt or damage case shall bar plaintiff of costs if he recover less (Delaware); no action to abate by death of party if cause survive (Delaware). In addition to these almost every State constitution contains a provision forbidding the enactment of local or special laws upon a variety of subjects specified with particularity, such as regulating the practice in courts or the jurisdiction, powers, and fees of aldermen, constables, etc. (Alabama, California, Colorado, Florida, Idaho, Illinois, Indiana, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, North Dakota, Nebraska, Oregon, Pennsylvania, Texas, Utah, Wyoming); regulating the jurisdiction of courts (Kentucky, Missouri, Oklahoma); and changing the rules of evidence (Colorado, Louisiana, Missouri, Montana, North Dakota, Oklahoma, Pennsylvania, Texas, Virginia, Wyoming).

The same vice appears in the constitutions of some of our sister Republics, but to a very limited extent. The following may be mentioned: The same judge shall not take cognizance of the same case in its different instances ("Un mismo juez no puedo serlo en diversa instancias en una misma causa"—Salvador, art. 26; Guatemala, art. 91; Nicaragua, art. 95; Honduras, art. 110; Costa Rica, art. 48; adding, if the same point is to be decided, "siempre que se trat de la decisión del mismo punto"); case to be limited to three instances (en ningún juicio puede haber más de tres instancias"—Guatemala, art. 91; Nicaragua, art. 95; Ecuador, art. 117); intercepted correspondence shall never be admitted as evidence in any case whatever ("la correspondencia interceptada no hace fe ni podrá figurar en ninguna especie de actuación"—Salvador, art. 30; Costa Rica, art. 32; Honduras, art. 42; Bolivia, art. 11); every decision to state reasons ("toda sentencia deberá ser motivada"—Colombia, art. 161; Ecuador, art. 117; Peru, art. 127; Uruguay, art. 101); judges limited to pronouncing the law after verdict rendered by jury on facts ("pronunciado el veredicto del jurado, el juez se limitarsa á la applicación de las leyes"—Nicaragua, art. 90); decisions of judges to be given audibly and publicly ("los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se haran en alta voz y publicamente"—Peru, art. 127); only congress shall interpret the constitution if doubt arises ("sólo el congreso, * * * podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos"—Chile, art. 155; Costa Rica, art. 72, s. 13).

There is also a feature which our constitution makers seem not to have thus far utilized in just the same form, viz, a limitation upon the legislative branch by subjecting civil laws and procedure to the initiative, approval, or discussion of the judiciary before adoption (Panama, art. 98; Colombia, art. 84; Nicaragua, art 71). There further appears one instance of a practical veto power being vested in the judicial department by a provision that if a law passed is objected to as unconstitutional it shall be submitted to the highest court, and if approved "the president shall sign it," but if the objection be sustained "it shall be sent to the archives" (Colombia, art. 90). Something

analogous to this is found in a few of our States. In five of them the opinion of the highest court may be obtained on questions of law by the legislature or the governor (Massachusetts, New Hampshire, Maine, Rhode Island, and Colorado), in one by the governor upon constitutional questions (Florida) and in one other by the governor on important legal questions (South Dakota).

All these provisions, which it should be remembered are not simply legislative but organic, manifest primarily a condition of social and political distemper calculated to impair the intellectual vision necessary in framing a document of such importance to the whole people as a constitution. A well-known student of this subject has lately said: "New constitutions * * * seek to embody all the broad notions of what a present majority thinks the law ought to be in the organic law of the State. Necessarily, this leads to the embodying of the prejudice or caprice of the moment into the constitution itself." (Frederick Jessup Stimson: Federal and State Constitutions, p. 69, ed. 1908.) To this he adds: "Naturally there is a tendency in such cases to more frequent amendment; necessarily so when the Constitution instead of embodying a few great principles and the broad framework of the State government attempts to prescribe infinite details of legislation and of the administrative machinery. Historically, and from the standpoint of a constitutional lawyer, such constitutions are entirely unscientific" (Ibid., p. 121).

Mr. Hamilton, considering resort to the people in respect of some features of our Federal Constitution, said, "that as every appeal to the people would carry an implication of some defect in the Government, frequent appeals would, in a great measure, deprive the Government of that veneration which time bestows on everything, and without which perhaps the wisest and freest governments would not possess the requisite stability" (Federalist, XLIX). These views were indeed prophetic, for during even the past 25 years, out of our 48 States only two have failed to amend their constitutions (Wyoming and Tennessee), while one (California) has invoked the public voice 44 times.

The particular injury to the body politic, however, of these unscientific phases arises from the general discontent indicated by their very proposal and often singularly intensified and left unsatisfied by their subsequent adoption.

The legislative bodies also have contributed not a little to these amendments by a reckless readiness to give stautory form to attempted regulation or invasion of the judicial department of the government by enactments manifestly improper and beyond their power. It is axiomatic, "any act passed by the generally assembly not falling fairly within the scope of legislative power is as clearly void as though expressly prohibited." (Rauney, J., in Scoville *v.* Cleveland, 1 Ohio St. Rep., 134.) When the courts have been obliged to declare such acts unconstitutional flashes of sectional or class resentment have been directed toward the judges, but rarely against the legislators, those really at fault. It is a lamentable fact that in quite recent years a judicial construction of our Federal Constitution not in accord with the views of the then Chief Executive gave rise to the propagation of a theory the most antagonistic and disruptive of government known to our history—the recall of judicial decisions. Happily the madness has passed.

That there is some ground for public dissatisfaction with the exercise of the judicial power is neither deniable nor surprising. The blame, however, can not reasonably be placed upon the functionaries who are clothed with that power. It is necessary to go back to the constitutions—direct mandates of the people themselves. There is no heresy of patriotism in complaint nor in suggestion of change in the existing order of things, but no intelligent and permanent improvements can be wrought in any institution without knowledge, reason,

and intelligent foresight dominating prejudice, passion, and caprice. Moreover, it is of the utmost importance that modification be really demanded by basic faults and not merely because a legislature has not been able to thwart constitutional mandates by falsely claiming to express "the people's will." The superficial or purely selfish mind is prone to overlook that the "will of the people" is expressed in constitutions, but not always in legislative enactments. Our so-called legislative representatives are constantly endeavoring to exercise unrestricted sway over the lives, liberty, and property of the people without interference. With the prevailing legislative lubie indicated in every popular assembly in this country there seems to be no limit of subject or any very great regard for constitutional restraints. It has been found that in the five years prior to 1914, 62,014 public statutes were enacted, and 700 became laws during the last session of our Congress. (Thomas W. Sheldon, Case and Comment, August, 1915.) To such proportions has the stream expanded in its gradual increase during the past 25 years. When the mass is sifted, tested, and corrected by the judiciary in its capacity of constitutional check upon abuse of power complaints arise.

There has been no substantial criticisms of a designated court or judge in the past 25 years that could not fairly be answered in exculpation and for which the sole responsibility could not be traced to an original constitution or an amendment of it or to a legislature. Whenever the scope of jurisprudence or judicial discretion or the administrative processes of courts have been circumscribed by constitutional rigidity of procedure or limitation of general judicial power or by specific legislative restrictions, the ultmate application of the law is bound to be unsatisfactory to the people at large. It has been said of the judiciary: "It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment, and must ultimately depend upon the aid of the executive arm, even for the efficacy of its judgments." (Federalist, LXXVIII). If studied, the great bulk of real complaints will be found to rest on a failure of the people to properly exercise their primary powers. They are the responsible principals of those very judicial agents and instrumentalities so illogically blamed.

A brief survey of these complaints as touching civil procedure will reveal not only how truly the present ills emanate from the faulty methods of enactment and the unscientific expression of public law, but also how serious is the need of readjustment if the American system is to be perfected, strengthened, and perpetuated.

Of all that has been spoken or printed in criticism of our judicial procedure no one topic has been so emphasized as delay. That causes have required unreasonable length of time from summons to final judgment can not be gainsaid, but it is a far step to put the blame entirely upon the judges. Their function is to adjudicate a controversy in accordance with the positive law and the established jurisprudence of the State, and yet its exercise is generally circumscribed by the constitution or baffled by legislative codes of procedure or practice acts. The popular branch of government passes indiscriminate statutes fixing the number and service of judges, terms of courts, calls of trial calendars, selection and service of juries, prescribing forms of writs and pleadings, methods of trial, general rules of practice, rules of evidence, the extent to which judges may charge juries, terms upon which amendments may be allowed, regulating appeals and new trials, requiring opinions on all cases to be delivered in writing, and many other incidents of administering justice concerning which the legislative body can have but a general knowledge, or commands of like effect appear in the constitutions themselves as before mentioned, and all of which as imposed are practical obstacles to speedy action if decisions are to be the result of that deliberation necessary to a proper exer-

cise of the judicial power. Yet not a single State in this country has shown the foresight of Nicaragua (art. 71), Colombia (art. 84), and Panama (art. 98), in providing that the judiciary shall initiate, approve, or discuss proposed legislation concerning civil law or procedure.

Next to delay, the most numerous complaints have been directed to the burdens of tradition and the lack of simplicity and uniformity in our procedure. The criticism is reasonable, but the fault is not with the judiciary. They neither create constitutions nor enact laws, but they have generally been the first to specify error in them and join in the cry for modification. They, with all thoughtful men, admit that there are institutional features engrafted upon our judicial system which in administration contribute to particular or general failure of justice. Such admissions usually involve the more important subjects of appeals, new trials, the system of compulsory trial by jury in civil causes, the law of evidence, and practice codes.

Appeals and new trials have been subjected directly and incidentally to regulation by both public and general laws to the point almost of absurdity and certainly with results highly subversive of practical and substantial justice. Failure to recognize the scientific proposition that a litigant is entitled to one honest trial in first instance for determination of the facts and his law and one appeal to correct error in applicability of the law has been a persistent defect of our system. It is common to both Federal and State jurisdictions. There has been a steadily enlarging disposition to require appellate courts to pass on the facts as well as the law not only in equity, admiralty, and probate cases and those of purely statutory origin, such as divorce, but also in ordinary common-law cases. While inartificial and theoretically erroneous, the resultant diminution of new trials might be a justification were not the situation complicated by the unreasonable multiplicity of appeals and restrictions put upon courts by constitutional or legislative technicalities of practice, pleading, or proof.

In some States a cause, in addition to review by the original trial court, may have so many as three appeals and even a fourth if a Federal question be involved. Even in the Federal jurisdiction a right of two trials by jury has been established through the construction recently put upon the seventh amendment. Now a cause must be remanded for retrial by a jury because the Supreme Court is unable to reexamine a fact otherwise than "according to the rules of the common law," although the trial court ought to have directed a verdict for the defendant on the first trial (Slocum *v.* Insurance Company, 228 U. S. Rep., 364, 1913), thus revealing one of the few unscientific features of our greatest Constitution. The rational governing theory of new trials and appeals—that the error complained of must be prejudicial—can not be applied in the face of rigid constitutional declarations of the people or the general legislative mandates of their representatives whose liberty to circumscribe the judiciary is left uncurbed and is persistently utilized. To this ever-manifest inclination to invade the sphere of judicial power we owe the many direct constitutional provisions and legislative regulations concerning appellate courts, such as those forbidding a limitation of oral arguments (Statute of North Carolina; see "Judicial Independence." by Mr. Justice Brown, of the United States Supreme Court, 12 Rep. Am. Bar Assn., 273, 1889), requiring syllabi of decisions to be prepared by the court (North Dakota, Utah), decisions to be by majority of judges (California, Idaho, Montana, Rhode Island, Oklahoma, South Dakota, Wyoming) and law and reasons to be given in written opinions to be delivered in every case (California, Louisiana, North Dakato, Oklahoma, Washington). The last merely expressed a rapidly developing

general custom which has now become the veritable plague of cobia verborem. By the facile use of ink and paper this multiplied verbosity has had a degenerative effect upon administration of the law throughout this country. In the southern Republics of Colombia, Ecuador, Peru, and Uruguay, where written opinions and reasons are also required, like consequenecs have not ensued, doubtless because in civil-law jurisprudence stare decisis has no place, and a reasoned judgment is for record and not for precedent. Here, however, where "citation" has almost ousted "reason" as authority, the obligation to write opinions, coupled with the vainglorious requirement that they shall be published, has become the nucleus of a scourge, intolerable alike to judges, lawyers, and laymen. It is asserted that actual count reveals that the appellate courts in this country delivered 20,270 written opinions in the year 1914, Texas leading with 1,841, followed by Missouri with 1,180, and Wyoming showing the smallest number, with 32. (Docket, November, 1915.) In the same year of 1914, 630 volumes of law reports were published. (Thomas W. Sheldon, Case and Comment, August, 1915.) It was declared that a legislative enactment requiring written opinions was unconstitutional as invading the judicial sphere (Houston *v.* Williams, 13 Cal., 24), but protest was in vain, for what the legislature could not do was accomplished by additional chapters of public law enacted in several States.

Lord Coke wrote: "If judges should set down the reasons and causes of their judgments within every record, that immense labor should withdraw them from the necessary service of the Commonwealth, and their records should grow to be like elephantini libri, of infinite length, and, in mine opinion, lose some of their present authority and reverence" (Reports, part 3, pref. 5). The practice is in truth a parasite of American jurisprudence. Lord Mansfield said: "God forbid that the common law of England should be considered to be composed of precedents which in truth are but illustrations of principles" (Fisher *v.* Prince, 3 Burr, 1364). It had no place in the early common law, for judgments were always oral and later only in cases where there was a curia vult advisari and new principles declared. Indeed, in modern England a formal written opinion is comparatively unusual.

So, too, has undue legislative license seriously impaired the usefulness of judges at nisi prius by reducing their functions to those of preserving order and ruling on specific points of law—at the peril, however, always, of a new trial being imperative should they err according to the strict rules imposed by the leegislature as if dealing with a game of chance.

All of these matters signify that much is lacking and that much is overwrought and fragmentary. Our sister Republics have left appeals and retrials almost entirely subject to the tribunals, and in England the title of "Appellate procedure" has not appeared in a digest for 25 years.

Closely allied to this subject of review and new trials there is another institutional feature of our judicial system which demands serious thought from the standpoint of public law—viz, the rigid maintenance of trial by jury in civil causes. Notwithstanding comparative unanimity in supporting the jury trial whenever personal liberty is at stake, many earnest and learned men have doubted the wisdom of our strict adherence to it in civil matters. It is true that some of the southern Republics have established or opened the way for its introduction notwithstanding their civil-law traditions (Argentina, Nicaragua, Uruguay). Although incorporated in our Federal Constitution by the seventh amendment, there was both before and after its adoption a great diversity of opinion in which appeared a strong sentiment that it should be

left to the legislative power. Hamilton was against giving it organic recognition, saying: "The best judges of the matter will be the least anxious for a constitutional establishment of the trial by jury in civil cases, and will be the most ready to admit that the changes which are continually happening in the affairs of society may render a different mode of determining questions of property preferable in many cases in which that mode of trial now prevails" (Federalist, LXXXIII). History has justified him. There is certainly now no national sentiment in this country holding fast to the jury system as then contemplated. In the new, composite and rational jurisprudence which has since developed tradition has become bedimmed by utilitarianism. Our code for Alaska has more civil law than common law in it, and almost every State is trying questions of fact without juries, while legislatures are stretching every constitutional limit to pass laws making trials by juries optional. Even conservative Pennsylvania enacted such a statute in 1915. There is a widespread and well-founded belief that civil jury trials fail in their institutional purposes. There has ensued a loss of confidence and even expressions of positive distrust have been heard. The public attitude may to some extent be attributed to intellectual and social changes, but most largely to the secondary place in which legislative tampering has finally left the judge in a jury court.

The late Dean Thayer, of the Law School of Harvard University, said but a few months before his recent lamentable death: "Jury trial, in many parts at least of this country, little resembles what our ancestors brought with them from Englind. * * * Such a trial was always a trial by judge and jury: control and guidance by the court was one of its essential features. * * * It is a far cry from such a proceeding to a contest conducted under rules which treat the judge with suspicion, if not with contempt. * * * His two duties, in other words, are inactivity and ruling on law points. * * * The penalty for any error is the panacea of a new trial—a penalty not only too heavy, but one which, by delaying justice and increasing its expense, is largely visited on the wrong persons" (Ezra R. Thayer: "Judicial Administration," delivered Jan. 25, 1915, before the Law Association of Philadelphia). This is in line with the epigram of Dr. Roscoe Pound: "Our law of procedure distrusts the judge profoundly" (4 Ill. Law Rev., 398, 1910). The judge can no longer guide and counsel the jury and give a human impress to the proceeding; it has all become mechanical." As Prof. Sunderland has pointed out, the judge must "sit mute, allow the verdict to be rendered without a word of warning, and then destroy it," the jury being "flattered to their faces by being told" they alone may judge the facts, and the fiction being promptly "repudiated behind their backs" (The Inefficiency of the American Jury, 13 Mich. Law Rev., 302, 1915).

This constant encroachment of the legislature upon the judiciary, a resultant of basic error in public law, has also had the unfortunate effect of introducing rigidity instead of developing elasticity in the law of evidence. With procedure constantly diverted from traditional channels by legislative mandate, judges have been constrained to hold faster to the rules of proof as the safeguard most wholly belonging to general jurisprudence. That incongruity and even absurdity has resulted can not be denied, although reasonable minds may well differ as to approval or condemnation. In England, where the judicial power has not been so invaded as here, the law of evidence has kept pace with the readjustments of procedure. When the legislative domination shall cease in this country there will no longer be "exaltation of the ordinary rules of evidence, which are mere instruments of investigation, into an end in themselves" as Mr. Wigmore puts it (Wigmore on Evidence, sec. 21). The conditions out of which these rules have been evolved no longer exist and the pre-

cision of the substantive law largely renders inappropriate the force of their inflexibility. As a distinguished English writer has said: "This is one of the last refuges of legal formalism. Nowhere is the contrast more striking between the law's confidence in itself and its distrust of the judicial intelligence. The fault is to be remedied not by the abolition of all rules for the measurement of evidential value, but by their reduction from the position of rigid and peremptory to that of flexible and conditional rules. Most of them have their source in good sense and practical experience, and they are profitable for the guidance of individual discretion, though mischievous as substitutes for it" (Salmond: Jurisprudence, 4th ed., 452).

Few men doubt the soundness of the dictum of Lord Bacon that the worst of all things is the apotheosis of error, and yet in respect of the great bulk of our law of evidence we closely approach that fault. We have indeed elevated some parts of it to the level of substantive law, but generally speaking it receives homage out of proportion to its fitness and utility as a feature of civil procedure. There is a popular as well as professional belief that at least some of the present ills could be eliminated and "that a system of necessary rules of evidence can exist and be obeyed without affixing indiscriminately to every contravention of them the monstrous penalty of a new trial" as prophesied by Mr. Wigmore (Wigmore on Evidence, sec. 21).

Another institutional feature affecting our judicial procedure in civil causes, equally productive of unsatisfactory results as those already referred to, is the practice code. It has proved to be a sophistical means for organic constriction of the judicial power by too great a liberty left the legislature to invade it. Pleading and practice require an elasticity of application and enforcement which only a judicial discretion can measure and administer. No rigid general enactment, constitutional or legislative, can supply that need. Such codes as we have, by their minutiæ dehumanize courts and make them mechanical. It is axiomatic that general laws must ignore exceptional cases, yet there is always a sphere representing the residuum of human imperfection in the most perfect contrivance of man. It has been truly said that any such code "may itself become the subject of technical construction and lead to the miscarriage of justice," and it is true that "some of the most notable technical decisions which have startled the country in recent years have been rendered in States which for many years have had the so-called reform procedure in their statutes" (Frederick N. Judson: "The Procedure in our American Judicial System," delivered before the American Bar Association at Milwaukee, August, 1912). As the Supreme Court of the United States has said: "While the cardinal principles of justice are immutable, the methods by which justice is administered are subject to constant fluctuation" (Holden *v.* Hardy, 169 U. S. Rep., 366).

For the sake of comparison it is well to recall here a field of public law and procedure wholly outside of the judicial power. It is popularly but erroneously denominated an "administrative justice." Administrative features are required in the executive, legislative, and judicial departments because administration is incidentally common to all official functions, but this new creature under the name of commission, board, or bureau exercises executive, legislative, and judicial functions by calling them "administrative." With comparative complacency we submit to this manner of adjudication of what were formerly considered judicial controversies concerning public utilities, private water rights, disputes between employers and employees, and employment accidents, the proceedings concerning which are conducted without any pretence of judicial procedure, rules of evidence, or uniformity. In our Federal sphere

and in more than two-thirds of our States by constitutional amendments or general legislation the widest powers are conferred upon these "administrative" bodies to deal with the property of citizens in derogation of the fundamental right of every man to have his law. All of this moreover is so far removed from the courts that if judicial review is possible at all it is so limited as to be of no practical effect. If time shall reveal the vices of this new contrivance, as history shows to be likely, no constitution will be a safeguard without a provision like the one in that of Cuba: "No judicial commissions or extraordinary tribunals, no matter under what name, shall ever be created" (art. 86: "No se podrán crear, en ningún caso, ni bajo ninguna denominación, comisiones judiciales ni tribunales extraordinarios").

In thus sketchily presenting these salient features of what obviously can here be only a most general reference to public law as affecting civil procedure, the underlying thought has been to emphasize the unscientific framing of our organic instruments in respect of that subject. Judged by these operative results we have never truly expressed fundamentally those ideal principles of the American system of constitutional representative government whereby alone can there be an administration of justice consonant with our conception of private rights and the destiny of our several sovereignties. No effort toward that end can become fruitful until we stay the tide of innovation and experiment and reconstruct or restore the basic harmonious cooperation of all and the independence of each of those three distinctive departments upon which the true American Republic depends for being.

Assuming common accord upon this doctrine of three reservoirs of power independently committed to separate representatives for independent administration and exercise there still remains the necessity for establishing safeguards against department encroachments inter se and a fixed plenary limitation or guide applicable to all. This latter it will be agreed is sufficiently comprised in the principle of "the supreme law of the land" and its corollary, "due process of law," claimed as the palladium of individual right from 1215 (Magna Charta, ch. 39, 40) to 1791 (fifth amendment Const. U. S.), and acquiesced in by every State in this Union in 1868 (fourteenth amendment). It has received the consecration of a century's recognition and application here, and been embedded in the framework of all other American Republics, Federal and sole. As a means for preserving private property rights it can well be imposed upon the executive, the legislature, and the judiciary. To the last, however, should be committed the exclusive and whole power of making it effectual. Nothing could be more unscientific or more contra-American than to impose unjudicial duties upon the judiciary, withhold from it any function essentially judicial, or subject the exercise of its powers to regulation by any other governmental department. In some of these respects nearly all Republics and States have erred in their public law, either by direct organic expressions or through failure to protect the judiciary from an undue liberty left to the executive or the legislature.

The Supreme Court of the United States has demonstrated the scientific structure of our Federal Constitution as to both of these sources of invasion. So early as 1793 it negatived any obligation to decide abstract questions or to give advisory opinions to other departments when the request of President Washington for an opinion on the construction of the 1778 treaty with France was refused. (Story, Commentaries on U. S. Constitution, sec. 1571; Marshall, Life of Washington, Vol. V, ch. vi.) As hereinbefore indicated, some States have made this a constitutional duty, but it is clearly antagonistic to the true American system. The right of Congress to impose powers and duties upon the Supreme Court not judicial within the meaning of the Constitution was

settled in the negative by decided cases early in our history. (Hampton L. Carson, The Judiciary in Our American Constitutional System, address before Virginia Bar Association, July, 1913.)

In our States there have been varied and long-continued constitutional and legislative abuses of this nature. There has resulted in many sections weakening of popular respect for judges, distrust of courts, and loss of faith in the fair administration of justice. The learned Chief Justice Gibson, of Pennsylvania, once declared: "From its very position it is apparent that the conservative power is lodged with the judiciary, which, in the exercise of its undoubted right, is bound to meet every emergency." (De Chastellux *v.* Fairchild, 15 Pa. Rep., 19, 1850.) The scope of this conservative power appears from a succinct definition of the acts of the several departments given by a well-known writer: "A judicial act is one which determines the existing law in relation to existing facts, and which applies that law to the subject matter before the court; a legislative act is a determination of what the law shall be in the future; an executive act is one done in execution of the law as enacted by the legislature and interpreted by the court." (Thomas Raeburn White, Treatise on the Constitution of Pennsylvania, ed. 1907, p. 297.)

It thus seems clear that the whole judicial power must belong to courts or a department in which they are effectuating instruments together with every logical incident of a full and proper exercise of that power without interference or encroachment from any other department. To give full force to this idea and give it adequate expression by public law, so far as effecting civil procedure, requires repudiation of many expressions of the public will and a radical readjustment of theory and tradition. Procedure is the instrument of judicial effectiveness, for thereby the validity, meaning, and applicability of laws become authoritatively revealed. It is the mechanism of determining legal controversies. The legislature may say what shall be done, but the judicial power alone can say how it shall be done. Procedure includes the legal technical terms of pleading, practice, and evidence as utilized by the judicial power. If we are to have a scientific constitutional provision for this controlling power it should be so vested as to be capable of attaining high administrative efficiency, establishing practical uniformity, reasonable certainty, ample consideration, adequate deliberation, and securing enlightened and practical solutions, with minimum cost and avoidance of delay. This can be done only by a centralization of all the judicial power in one general judicial department or body with a responsible head official or chief justice and such subordinate judges and personnel as to provide adequate courts capable of being utilized throughout the whole State.

The idea in substance was presented in 1909 by Dr. Roscoe Pound to the American Bar Association and has been indorsed by that body for adoption by the States. He put it thus: "The whole judicial power of each State should be vested in one great court, of which all tribunals should be branches, departments, or divisions. The business as well as the judicial administration of this court should be thoroughly organized so as to prevent not merely waste of judicial power, but all needless clerical work, duplication of papers and records, and the like, thus obviating expense to litigants and cost to the public." (Report of 1909 Proceedings American Bar Association.)

One of the greatest benefits of which the plan could be made capable would lie in the power of making rules and regulating procedure. This would eliminate the ever rampant tendency of the legislature to impose upon courts those obstructive measures already referred to. There is nothing startling in thus leaving to courts the regulation of causes before them. It has been a feature of English courts ever since the juridicial revolution of 1873, and with most

satisfactory results. We ourselves are already experiencing like benefits from the equity rules and procedure promulgated by the Supreme Court of the United States. They have been so generally welcomed and approved that earnest efforts to secure like action in common-law procedure have a promising outlook. The proposed centralization would surely lead to simplicity of pleading, eliminate unnecessary technicalities, and by reason of readiness of adjustment produce a practical administration of justice in harmony with changing social and economic needs. Appeals and retrials could rest upon matters purely judicial, and a better discipline be maintained over subordinates, including the bar. Above all, it would avoid delay, for the entire judicial force would be available for distribution wherever the dockets showed congestion.

Obviously such a system as here put in outline thought, to be efficient, would need to be instituted so clearly as to absolutely embrace the entire judicial power. Limitations, however, would appropriately appear in provisions for uniformity, review for prejudicial error only, terms and periods of appeals, and general effect of records. On the other hand, it is apparent that the legislature would have to be restrained from interfering and specifically confined to matters of purely substantive law.

Upon two points there would have to be definite constitutional departures from deep-rooted traditions—one in respect of trial by jury, which should be made optional, and the other as to some features of the law of evidence, that peculiar product of the common law unknown to other systems. Inevitably and logically this body of rules would be made more subject to the discretion of trial judges. There is no present-day justification for the existing legal reverence for these rules. One of the most distinguished legal scholars of this country has said: "Judges made them—for the most part English judges—centuries ago, and made them because they had to deal with juries composed of illiterate men of untrained minds, incapable of making nice discriminations as to the weight of testimony." (Simeon E. Baldwin, "The Artificiality of Our Law of Evidence, Yale Law Journal, December, 1911.)

Naturally there would have to be left to the legislative department the entire field of those procedural rights which have become recognized as substantive law, such as statutes of limitation or rights of acquisition or release by prescription as known in our sister Republics, and survival of rights of action, peculiar to our own jurisprudence.

These are intended to be but outline suggestions. The scope, however ,it is hoped, is manifest. The need is great, lest we drift more irretrievably into that trackless wilderness of "administrative justice" where so many social and political pitfalls beset the wanderer.

The task is not beyond reasonable accomplishment if approached with deliberation and a fixed purpose. "The obscurity is much oftener in the passions and prejudices of the reasoner than in the subject. Men, upon too many occasions, do not give their own understandings fair play, but, yielding to some untoward bias, they entangle themselves in words and confound themselves in subtleties." (Federalist, XXXI.)

Out of the mass of errors and experiments it is not too much to predict that the American nations in fulfillment of their divine destiny already adumbrated in the affairs of the world, will find the enlightened path by which public law will progress constantly toward every desideratum of a true American Republic. Then shall there be exemplified the harmonious and scientific perfection of a written constitution providing for three independent governmental departments administered wholly and solely by representatives. The common national devotion to this ideal shall become the very structure and the strength of true Pan Americanism.

The CHAIRMAN. We have listened with a great deal of pleasure to the interesting address delivered by Mr. Smithers. He will pardon me for alluding to a fact which is so recent, perhaps, and possibly so important as not to have made much impression, i. e., that at the last election the citizens of the State of Maryland by a vote of two to one adopted the referendum. I think they did so actuated by the feeling which Mr. Smithers expressed in an entirely different sense, i. e., that the legislative enactments do not always carry out the will of the people, and I think the people of Maryland adopted the referendum for the purpose of making legislative enactments conform to that will.

We next have the pleasure of listening to an address by a gentleman who comes from a State which has both the initiative and the referendum, the State of Maine. The Hon. Lucilius A. Emery, formerly chief justice of the State of Maine, will address us on "The effect of American public law on our written constitutions in their bearing on the sovereignty of the State."

THE EFFECT OF THE AMERICAN PUBLIC LAW ON OUR WRITTEN CONSTITUTIONS IN THEIR BEARING ON THE SOVEREIGNTY OF THE STATE.

By LUCILIUS A. EMERY,

Lecturer on Roman Law, University of Maine.

In considering this topic I may begin with a definition of the terms State and sovereignty. In its political sense I think a State may be correctly defined as an independent, exclusive political organization of the people of a definite territory, possessing by general consent coercive power over persons within that territory. It must be independent of any political organization or power outside of its territory and the exclusive possessor of such power within its territory. Such an organization, whatever its framework and origin, is styled a sovereign State, and its sovereignty consists in its independence and exclusiveness. I do not think it a necessary element of sovereignty that the State, the political organization, should possess unlimited power of coercion. There are some things it can not do at all. It can not control beliefs, thoughts, sentiments, however much it may influence them. As to conduct also there are some limits beyond which the State can not go, because of unconquerable resistance excited or because such an attempted stretch of power would disrupt the organization itself. To constitute sovereignty in a State it is enough that what coercion it can properly exercise it can exercise at its own will unrestrained by any other authority.

But no organization, political or other, of more than a few members can exercise its power directly. It must make use of agencies few or many according to the purposes it desires to accomplish. It must intrust its powers to them. So all the power of the State must, for the time being at least, be exercised by some agency or agencies. Whatever the theory as to the seat of the power or its rightful possessor, it is necessarily exercised by some individual or group of individuals.

Now, where in the State is its sovereignty power centered—in what agency, or person, or group? Has it any center or is it diffused throughout the entire organization without concentration anywhere?

As to monarchial States the answer is that, in theory at least, the sovereign power of the State is concentrated in the monarch. He possesses all the powers of the State. He exercises them through his own agencies. The armies, the navies, the courts of justice, the legislatures—all the agencies of government are his, exercising in his name his powers—executive, legislative, judicial, and administrative; all acts of State are in his name. No law binds him without his consent. Indeed he is the fountain of law and of all civil and political rights. Magna Charta in theory and form was the gift of the monarch. The Petition of Right was, as its name indicates, a petition to the monarch which he granted however unwillingly. With but few exceptions whatever constitutions monarchial States possess were granted by or extorted from the monarch.

In the more absolute monarchies the fact, to a great extent, conforms to the theory. The Russian Duma was set up by the direct act of the Tsar and exercises only such powers as he has granted. In the less absolute monarchies, though the fact no longer conforms thereto, the theory that the monarch is sovereign, that the sovereignty of the State is vested in his person, is still maintained as a useful, if not necessary, "legal fiction." But however useful the fiction may be for some States, it clearly is not now necessary for all. The experience of modern republics shows that a republic may be as truly sovereign as a monarchy and with a sovereignty as complete, without putting forward any person or group or class of persons as possessing or even personifying its sovereignty. None of their agencies, none of their officers, however important his function, however exalted his station in the State, is placed above the law even in theory. All are subject to the law, those who enact the laws, those who interpret them, those who execute them, those who exercise any governmental power.

If, however, all are subject to the law, if there is in the State no person or agency above the law to give the law to the rest, it would seem necessary that the law thus governing all alike should be made definite. This supreme law can not be left indefinite, unexpressed. The monarch, the personal sovereign, is an expression concrete, visible. The "legal fiction" of his sovereignty more easily secures the loyalty and unity of the people. In States where such "legal fiction" is not made use of, where a supreme law takes the place of a personal sovereign, that law must be made visible in some sort of a written constitution to which the fealty of the people can attach. Even the God-fearing, law-abiding pilgrims on the Mayflower found it necessary to write out the famous compact to which they were to be loyal.

I know of no really republican State without a written constitution, and several monarchical States of more or less republican tendencies now have them. Some of these are in theory granted by the monarch. Others purport to have been framed by representatives of the people. In all republican States, however, the constitution has emanated more or less directly from the people.

Some of these constitutions contain little more than provisions relating to the form of the government, the different agencies for the exercise of its various powers, etc. In some are stated certain political principles as necessary to be observed to secure good government and the liberty of the people, but without any provision to compel such observance. No barrier is provided against their violation by governmental agencies. Indeed, in some few States the constitution itself provides that it may be changed or even practically repealed by one or more such agencies as in France and Chile (ch. 11, art. 156). In a

few others the legislature is made the sole interpreter of the constitution. (Chile ch. 11, art. 155).

I do not see how, under such constitutions, the questinon stated at the head of this paper could arise. Apart from those fixing the form, the framework of the government, all their provisions could be avoided by the legislature or the legislature and executive combined.

Most American written constitutions, however, go further and not only prescribe the framework of the Government, but divide its powers among different and independent agencies, and limit the powers of those agencies by express definition and prohibition. Especially do they, with few exceptions, explicitly limit the legislative power which otherwise would be practically unlimited. Such constitutions may seem to raise the question of their effect upon the sovereignty of the State. They can not, however, be separately considered in this paper. One must be taken as a type.

The earliest of American constitutions, except those of a few of the original States of the United States, is that of the United States itself, framed in 1787. This Constitution has been so successful in its operation in foreign and domestic affairs that, as other American States secured their independence and set up government for themselves, they have to a greater or less extent established constitutions of the same general character. I may therefore take that constitution as a type.

Were it not, however, for some few distinctive characteristics of that Constitution, its effect upon the sovereignty of the State would not be mooted. These are also characteristics of many other American constitutions either expressed or by implication. The character of the State, the form of its government, the distribution of its powers, and the extent to which they may be exercised by any agency are not left indefinite by general declarations, but are carefully defined in writing. There is a necessary implication, at least, prohibiting the concentration of all the governmental powers, the sovereign power, in any one person, group, or department. The three great powers or departments are expressly assigned, each to a different person or group; and, as a corollary, no person commissioned to exercise any power of one department can be authorized, while holding that commission, to exercise any power of any other department except as the Constitution itself may permit. Further and far more reaching in its effect on the sovereignty of the State are the limitations imposed upon the exercise of the legislative power, not by laying down principles for its guidance but by express prohibition, by explicit statement of public and private rights, which the legislature is forbidden to abridge.

Again, the power to amend the constitution is not left indefinite to be claimed by the legislature either alone or in conjunction with the executive or by the mass of the people or the electorate alone. It is explicitly stated what agencies may exercise that power and by what procedure. Any attempt at its exercise by any other agency, even by a majority of the people, would be an act of rebellion against the sovereignty of the State as in the case of the Dorr rebellion in Rhode Island, when the majority of the people led by Dorr sought to change the constitution by extra-constitutional means and methods.

Lastly, I note the express command that the Constitution with all its provisions "shall be the supreme law of the land," and that all executive, legislative, and judicial officers, National and State, "shall be bound by oath or affirmation to support it." This explicit provision, with its logically inevitable consequence, is what perhaps more than any other provision suggests the question of the effect of American written constitutions on the sovereignty of the State. If the Constitution is the supreme law of the land, as it must be to

be a constitution, and all the judges are bound to give it effect as such, then, they are bound to refuse recognition as law or lawful any legislative or executive act in conflict with that supreme law, if such judgment be judicially invoked by any person affected by such act.

These constitutional provisions undoubtedly do have some effect upon the sovereignty of the State, but it is submitted that such effect is only upon the speed, mode, and course of its exercise, and not at all upon its potency. The State thus organized is still sovereign. It is still independent of any foreign jurisdiction, and by the express terms of the constitution itself it is supreme within its territory. Its sovereignty, however, can not be in any governmental agency nor in all of them since they are created and upheld only by the constitution. In the constitution of some of our sister American Republics it is expressly declared that the sovereignty of the State abides in the nation or the people. In our Constitution there is no such declaration. The word "sovereign" or "sovereignty" is not found in it, but logically and necessarily the sovereign power is the power that created the Constitution, the power of the people acting through their electorate. The people exercise a supreme power of sovereignty when they establish a written constitution which shall be the source and measure of every governmental authority over them. All political action, legislative, executive, and judicial, if authorized by the Constitution, is by their authority. If forbidden by the Constitution it is forbidden by them.

True, the people have limited the powers of their various agents, but in so doing they exercised sovereign powers, and they exercise sovereign power in continuing those limitations. They even have sovereign power over the Constitution itself. The power that established the Constitution can enlarge or narrow its provisions and can radically change its character. True, again, they have prescribed the agencies and procedure for making such changes and the terms upon which they may be made, all which they must themselves observe, unless they would resort to a revolutionary disruption of their political organization. In such observance, however, they still govern. They govern themselves—a sublime proof of their sovereignty.

The Constitution of the United Stataes and those of our sister American Republics are based on the political theory that the individual man is endowed by nature with certain unalienable rights which the State should not violate, but should protect, even from itself. The framers of these constitutions were students of political history and theories and had experience of governments based on the opposite theory that all rights of man were gifts of the State. They sought, therefore, to establish a State in which the agencies of government should be strong enough to protect but not strong enough to oppress. We may properly claim that in great measure they succeeded. By means of the constitutional restraints imposed by the people on themselves, as well upon their agents, they have protected themselves from the dangers of too hasty action upon passing popular impulse; have secured time for second thoughts; have provided for the protection of the minority, but have not crippled their own sovereignty.

Taking again the United States for an illustration, that State for a century and a quarter under its Constitution, and by virtue of it, has exercised sovereign power. It has made war and made treaties of peace and commerce. It has enforced its laws and suppressed rebellions. Its sovereign people have from time to time, as found necessary, amended the Constitution itself.

In the Pan American Building near by I noticed upon the beautiful flag of our sister Republic of Brazil a motto which I am told may be translated

"Order and progress." Both these objects the people of the United States have sought to secure, and in the same sequence—order first, and then progress. They have provided appliances controlling the speed and course of their political action. Their power to act, their sovereign power to give effect in orderly course to their seasoned, matured judgment, they have not impaired.

The CHAIRMAN. We will now have the pleasure of listening to Prof. George D. Watrous, of Yale University, on the subject of "The effect on American public law of our written constitutional provisions making treaties law." I take great pleasure in introducing him.

THE EFFECT ON AMERICAN PUBLIC LAW OF OUR WRITTEN CONSTITUTIONAL PROVISIONS MAKING TREATIES LAW.

By GEORGE D. WATROUS,

Professor of Law, Yale University, New Haven, Conn.

My subject calls primarily for the consideration of two clauses of the Constitution of the United States of America, which constitute the basis of the unique doctrine of our fundamental law, that treaties made under the authority of the United States are a part of the supreme law of the land, together with the Constitution itself and the laws of the United States made in pursuance thereof, and that the courts are endowed with the power to enforce them as such.

These twin texts, as they have been called, are the second paragraph of Article VI and the first part of section 2 of Article III of the Constitution of the United States. The first of these reads as follows:

> "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby. Anything in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding."

And—

> "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority."

The effect of these clauses and of the doctrine which they embody, will be considered in their relation to our public law. Inquiry will also be made as to how far similar provisions are to be found in the constitutions of the other 20 American Republics, and the relative positions of such nations as have adopted them to those which have not, with respect to the *status* of treaties in those nations.

I deem it impossible fully to comprehend the scope and effect of the constitutional provisions under discussion without some reference to those features of colonial history which led to their adoption. They did not come as an inspiration to the wise men who framed the Constitution, nor were they the result of abstract philosophical speculation. The stern logic of circumstance made them a practical necessity. Difficulties which experience had developed prior to 1787 had to be met, and they were met. Experience had also pointed out a way, and it was followed.

I have reference, in the first place, to the legal impediments to the collection of debts due to British subjects, enacted by the legislatures of several States during the Revolutionary War, and the impossibility of securing compliance with the treaty of 1783 between Great Britain and the United States, which called for the removal of those impediments.

In the second place, I have in mind "The Royal Disallowance," with which all colonists were familiar.

The people of the United States were not unprepared for such constitutional provisions as might result in the suppressing or annulment of State laws which overstepped limitations, even though not clearly and certainly defined in writing. In fact, from the beginning of the colonial period colonial laws had been subject to the supervision and control of the Home Government and to the Royal Disallowance, which, as defined by the Privy Council, was "the negative which the Crown has reserved to itself upon acts of legislation in the American Colonies."

"The Royal Disallowance was an executive rather than a legislative act performed not by the King, but by the Council as his executive agent." (The Royal Disallowance, Charles M. Andrews, p. 4.)

At first the procedure was ill defined. In 1765, when colonial business was anew taken into the hands of the Privy Council, it was intrusted to its committee, the Lords of Trade, and colonial laws were sent to this body and reported to the Privy Council, generally with the advice of counsel. The Council usually approved the report and embodied it in an Order in Council, which was supposed to be sent to the Governor of the colony. During the colonial period laws had been disallowed in every colony.

"During the 83 years of her second charter Massachusetts had 47 public laws and 12 private laws disallowed, while with other colonies the number was much greater." (Ib., p. 6.)

"The policy which governed the Board and its advisers had four leading aspects: First, to defend the law and custom of the British Constitution; secondly, to guard the interest and welfare of British subjects; thirdly, to protect the colonies or any of their inhabitants from ill-advised legislation; and, lastly, to prevent the passing of laws that were extraordinary, oppressive, improper, or technically defective." (Ib., p. 10.)

Francis Fane was appointed legal adviser to the Board of Trade August 9, 1725. His nine reports on the laws of Connecticut during his 21 years of service (1725–1746) have been recently published by the Acorn Club, with an introduction by Prof. Charles M. Andrews. They cover 387 acts and 3 resolutions, 75 of which he reported as open to objections, and deserving of disallowance by the Crown.

The disallowance of colonial laws, therefore—familiar to all of the Colonies—and the lamentable confusion due to the confiscation of estates and debts and the obstacles of State legislation to the enforcement of obligations to British subjects in the courts, not only naturally suggested such restrictions upon State legislation as would prevent any State from obstructing the National Government in the exercise of its proper functions and the performance of its international obligations, but pointed to such restrictions as inevitable.

The act of 7 and 8 William III, cap. 22, was an instance of the wholesale parliamentary annulment of colonial laws in so far as they might be repugnant to certain specified statutes.

The historical antecedents of the constitutional texts under consideration have been studied and discussed with great learning and detail in Mr. Brinton Coxe's Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation, pages 272

et seq: "Paragraph 2, VI," he says, "is in part modeled and in part developed from acts of the Federal Congress relating to the treaty of peace with Great Britain." The reference is to the treaty of September 3, 1783, and to certain acts passed in March and April before the meeting of the convention on May 14, 1787.

During the Revolutionary War British creditors were unable to collect, through the courts, debts due them prior to the war. During this critical period laws were passed in many States for the relief of debtors, or, from the opposite point of view, to impede, hinder, and delay creditors. Some of these laws permitted debtors to pay the whole or any part of their debts in paper money of little value into the State treasury or land office, and receive certificates of discharge *pro tanto*. There were tender laws in all of the States, and in some a tender and refusal discharged the debt. In some States property at an appraisement might be given in payment of an execution. Some laws prevented suits by any person for a limited time.

During the preliminary negotiations for peace in 1782 the commissioners were confronted at the outset with the necessity of satisfying the British negotiators with respect to the confiscation of the estates of British subjects and the collection of debts due to them. The argument that this matter was one to be cared for by the States, and not the Nation, was brushed aside, and the commissioners took the high national ground that these debts should be paid and pledged the faith of the Nation thereto. This provisional treaty was dated November 20, 1782, and the definitive treaty, September 3, 1783. Article IV is in these words:

"It is agreed that creditors, on either side, shall meet with no lawful impediment to the recovery of the full value, in sterling money, of all *bona fide* debts heretofore contracted."

But Congress, though given sole and exclusive authority to make treaties, under the Confederation, could not control the States. It could but recommend, and the States paid but little heed to this recommendation.

The next few years were years of anxiety and despair. Great Britain complained that these impediments were not removed, and on the other side it was charged that she had failed to withdraw her troops from many of the posts, as agreed, and that she had violated the treaty in many ways. Congress struggled hard to secure compliance with the treaty, but the inadequacy of the Confederation to the situation was painfully apparent in this and many ways. It must not be forgotten, however, that it represented a long step forward toward constitutional government beyond the conditions which preceded the adoption of the articles, and this should be remembered when we pass judgment upon the defects of the Confederation, which led to the next step—the Constitution of 1787.

On March 21, 1787, the Congress unanimously passed three resolutions, the first of which reads as follows:

"*Resolved*, That the legislatures of the several States can not of right pass any act or acts for interpreting, explaining, or construing the national treaty or any part or clause of it; nor for restraining, limiting, or in any manner impeding, retarding, or counteracting the operation and execution of the same, for that on being constitutionally made, ratified, and published they become in virtue of the confederation part of the law of the land and are not only independent of the will and power of such legislatures, but also binding and obligatory upon them." (Journals of Congress, vol. 36, p. 24.)

On April 13, 1787, the Congress unanimously recommended to the several States the enactment of identical laws removing all obstacles to the faithful execution of the treaty with Great Britain. This proposed law required the

courts of the enacting State, in all matters arising from or touching the treaty, "to decide and adjudge, according to the tenor, true intent, and meaning of the same, anything in said acts, or parts of acts, to the contrary thereof in anywise notwithstanding."

A Federal letter was sent with this draft to each of the States, to avoid offensive discrimination, on the subject of the treaty, with elaborate arguments for the adoption of this recommendation. It urged repeal in general terms rather than by specification of objectionable laws, and used this language:

"By repealing in general terms all acts and clauses repugnant to the treaty, the business will be turned over to its proper department, viz, the judicial; and the courts of law will find no difficulty in deciding whether any particular act or clause is or is not contrary to the treaty."

This declaration, Mr. Coxe maintains, "is the germ from which the framers of the Constitution developed its provisions concerning the judiciaries of the States, as found in paragraph 2, VI."

Mr. Coxe further asserts that the original idea of applying the *non obstante* clause to the laws of a State, because conflicting with a written act of the United States, is derived from the draft of identical laws and resolutions just referred to.

The Federal resolutions are to be found in the Journals of Congress, edition 1801, volume XII, pages 23-24; the Federal Letter of April 13, 1787, ibid, pages 32-36.

It would take us too far afield to follow the fortunes of these two political conceptions—treaties as law, and courts vested with authority to enforce them—throughout the debates of the Convention of 1787. It has not, however, seemed easy to take in and keep in mind all that is implied in the embodiment of these conceptions in the Constitution and their effect upon the public law of the country without considering them in their historical setting, and it is hoped that this may justify the bare outline which has been given of events well known to students of constitutional and international law.

Suffice it to say that on July 17, 1787, the convention finally rejected "the legislative negative," which had been the subject of earnest debate and which would have empowered the National Legislature "to negative all laws passed by the several States contravening, in the opinion of the National Legislature, the Articles of Union, or any treaties subsisting under the authority of the Union." Immediately thereafter a resolution was moved by Luther Martin, and unanimously adopted, which in substance is the same as paragraph 2, Article VI. This was referred to the first Committee of Five of which Rutledge was chairman. The eighth article of this report is in substance the same as Martin's resolution. This was in many respects modified in the convention, and on September 8 referred to its second Committee of Five as a part of the amended draft, which committee, on September 12, reported the revised draft. This committee, of which Johnson was chairman, slightly changed the language, and the words of the revised draft were adopted by the convention.[1]

Unfortunately the controversy did not end here, though most of the States enacted laws in accordance with the request of Congress. Great Britain insisted that the United States should assume the burden of certain losses through failure to collect through the courts, and a joint commission was appointed to hear and pass upon such cases. After many years of discordance and inability to agree, a large payment was made by the United States by virtue of a convention toward the close of the century.

[1] Prof. Farrand's edition of The Records of the Federal Convention of 1787, with the help of the Index of Clauses (Vol. III, p. 647), gives a complete history of the development of this doctrine and the views of the Framers in relation to it.

In 1796 the Supreme Court of the United States decided the case of Ware, Administrator, *v.* Hylton (3 Dallas, 199), and put these clauses of the Constitution to the test; the suit being upon a bond given July 7, 1774, for the payment of a certain sum "in good British money." In 1777 the State of Virginia had passed a law to *sequester* British property, while carefully refraining, so says the preamble, from the *confiscation* of debts unless Great Britain should take that step. In 1780, under this law, a part of this debt was paid into the loan office of Virginia, and a certificate was issued thereupon, signed "T. Jefferson," and this payment was pleaded in bar. The case was decided against the plaintiff in the United States Circuit Court for Virginia and reversed by the Supreme Court.

The judges realized the vital importance of the case to the future welfare of the country, and displayed a painful anxiety to decide it aright. The point was made that the treaty was under the Confederation, but Mr. Justice Chase regarded treaties then made as superior to the laws of the States, because the Confederation made them obligatory upon all of the States.

While the four judges who gave opinions in favor of reversal did not agree as to the validity of the law of Virginia, the long and logical opinion of Mr. Justice Chase is to the effect that that law was valid, but in conflict with the treaty of 1783, and must be treated as though expressly repealed. Had his opinion been that of the Court, no question could ever have been raised in regard to its binding force and effect. In that opinion the supremacy of the treaty over the act in question was declared, and all courts, Federal or State, were bound so to decide. The learned reporter has given it the following syllabus:

"The fourth article of the definitive treaty of peace between the United States and Great Britain, concluded on the 3d of September, 1783 (8 Stats. at Large, 80), enables British creditors to recover debts previously contracted to them by our citizens, notwithstanding the payment of the debt into a State treasury had been made during the war, under the authority of a State law of sequestration."

From 1796 to this day this case has been generally regarded by courts, statesmen, and jurists as establishing the proposition that State laws must give way to inconsistent treaties, at least if their validity be not questioned. But now it is challenged by a distinguished constitutional lawyer.[1]

Although Mr. Justice Chase's opinion in that case fully sustains this proposition, it is not, he says, the opinion of the court, as the concurring justices based their opinions upon the invalidity of the law of Virginia.

Mr. Tucker's reasoning is precise, persuasive, and all but convincing—but to what good end? Is it not too late to question a doctrine all but universally acquiesced in, frequently applied by the courts, and generally accepted by the Nation as final?

While it may be true that this judgment for the plaintiff did not require assent to all of the argument of Mr. Justice Chase, each of the three concurring justices accepted the principle. As Mr. Tucker says (p. 189), "every judge in the case practically expressed the opinion that if the law was valid, as it was opposed, in its operation to the treaty, that the treaty must prevail."

With no desire to enter into debate with the learned author, the writer prefers to hold with those, and they are many, who deem this proposition a well-settled and established law of the land.

The author's treatise is designed to prove also that no treaty can be constitutionally made which invades the powers reserved to the States as declared

---

[1] H. St. George Tucker, Limitations on the Treaty-making Power, 1915.

by the Tenth Amendment, and that the vitality of no such treaty has been upheld by the courts. He would, it would seem, deny the authority to enter into any treaty otherwise than in the exercise of the powers expressly conferred by the Constitution upon the National Government.

It is submitted that the long and well-established usage is to the contrary (though again the ingenuity and plausibility of the author must be conceded). Fairfax *v.* Hunter (7 Cr., 603); Chirac *v.* Chirac (2 Wh., 259), and a long line of subsequent cases, treat the question as settled.

It is no part of my purpose to discuss the limitations upon the treaty-making power. That such exist, though the power is conferred in unlimited terms, must be conceded by all. Absolute supremacy in disregard of the constitutional or national policy is not to be thought of—it is too suggesive of Frankenstein. Some limitations must be conceded; few will contend that this power may defy the express provisions of the Constitution or work essential changes in the form of our governments.

In De Geofroy *v.* Riggs, 133 U. S., 258, hereafter to be considered, this topic is fully discussed, and later cases specify further limitations.

A strict constructionist would doubtless contend that the treaty-making body can exercise no powers outside of those expressly conferred by the Constitution upon the National Government, and that the rights of the States to conduct their domestic affairs, except in so far as they have expressly parted with them, may not be infringed. Between this view on the one hand, and the extreme view on the other that the United States is a Nation and is warranted in assuming, at least in international affairs, unlimited attributes of sovereignty such as belong to other nations, there is uncertain ground in which the way must be felt step by step.

In the exigencies of national life and growth it is inevitable that powers must be assumed and exercised for which no express authorization can be found in the organic law. It will appear that in the course of time many things have happened which would have put the United States to great disadvantage in its intercourse with other nations had the stricter view prevailed.

It must be remembered that this was a novel principle in government; it involved the enactment of law (for such a treaty is declared to be) by a special body forming but a part of the law-making body, yet whose enactments are of equal force with the acts of Congress and may repeal and be repealed by them. It was true, as Mr. Justice Iredell said in the Circuit Court which decided Ware *v.* Hylton, "The present Constitution of the United States affords the first instance of any Government which by saying treaties should be the supreme law of the land, made it indispensable that they should be published for the information of all. At the same time I admit that a treaty, when executed pursuant to full power, is valid and obligatory, etc." He further said, after explaining why the moral obligation to carry out the treaty was by Article VI converted into a legal one:

"I consider, therefore, that when this Constitution was ratified, the case as to the treaty in question stood upon the same footing as if every act constituting an impediment to a creditor's recovery had been expressly repealed, and any further act passed which the public obligation had before required, if a repeal alone would not have been sufficient."

It is much as though volumes of blank pages were left here and there in the series of statutes, to be filled in with contracts entered into with other nations, executed perhaps in secret by a special agency of the Nation; which contracts, when ratified and proclaimed, are to be of equal rank with the acts of Congress, in volumes on either side, as supreme laws of the land, and of superior rank if inconsistent and later in date.

These inquiries are natural: How has this novelty in government worked? What effect has it had upon our public law? Would we change it if we could?

I venture to assert that no treaty has ever been adjudged unconstitutional in any court, State or National, nor is it likely that any ever will be, save in such an extreme case that the decision could not possibly be put upon any other ground.[1] The Government ought to have freedom of action in its international relations, upon which often depend the issues of peace or war, and no court would, save in a case of necessity, hamper that action. Indeed should such a question arise it might present a peculiarly embarrassing situation, as the treaty might be of a public and political nature only, and the question therefore be nonjusticiable. Such a treaty would be law in but a rarified sense of the term, but it must doubtless be so considered, as the Constitution says so. As a general rule, questions of the existence and termination of treaties and of the power to enter into them are questions for the political departments of the Government—the executive and the legislative—not for the judicial. A case might arise, however, involving both private and public rights, which might make the determination of this question by the courts unavoidable. Where a treaty if valid must be so construed as to annul the law of a State, and if invalid will break faith with the foreign nation, the situation is serious, indeed.

Questions involving the construction and applicability of treaties have been very often before the courts, and there are well-recognized rules of construction which need not be mentioned. Treaties will be held consistent with acts, State or Federal, if possible, to avoid the striking down of either. A recent instance of this is shown in the case of Patsone *v.* Pennsylvania (233 U. S., 138). A statute designed to protect birds and game, to that end forbade aliens to own or use firearms. The plaintiff, a resident of Italy, claimed this right under a treaty. It was held that the treaty guaranteed protection to life and property, but could not be so construed as to annul a law for the purpose of protecting the State's interest in its own wild game. Whether or not an Italian engaged in trade and buying and selling firearms could be affected by the law in question, was a question not presented.

The temptation is strong to branch out into a discussion of the infinite ramifications which the topic suggests. I must not forget that I am addressing an audience fully informed as to the general principles of constitutional and international law. But a few points will be briefly considered, which illustrate distinctive features and tendencies in public law.

To state and discuss them all would require a treatise. That vast storehouse of information and learning, Moore's Digest of International Law, is open to all.

It is common knowledge that an act of Congress will supersede an earlier treaty, and a treaty an earlier act of Congress, if they can not stand together. If the treaty deals only with public rights, it is for the political departments, the legislative, and the executive, to determine whether or not it shall be abrogated or annulled. With these questions the courts have nothing to do. If individual rights are involved, the annulment of a treaty can not affect rights which have vested. Those are protected by the courts. "No person, however, acquires a vested right to the continued operation of a treaty." (Rainey *v.* U. S., 232 U. S., 310.)

A treaty, if self-executing, operates without the aid of Congress. In this respect our law is fundamentally different from that of England. There the

[1] See The Albergen (Dist. Court, S. D. Georgia, 1915) 223 Fed. Rep. 443, and cases cited.

Crown negotiates treaties, and, whatever their nature, even though their purpose is to affect individual rights, an Act of Parliament is necessary to give them effect. The execution of the treaty is an Act of State, conferring no jurisdiction upon the courts. An enactment alone can give this.

If with us the treaty is not self-operative, or if an appropriation be necessary to carry it out, it is ineffective as respects individuals, though binding upon the Nation, whose faith is pledged to carry it into full effect, unless protected by a condition that its binding force is contingent upon appropriate legislation.

A treaty, so far as the rights of contending nations are concerned, is binding and takes effect from its signature, and ratification confirms it from this date. But where treaties operate on individual rights, they take effect upon ratification and proclamation, leaving prior vested rights untouched. (Haver *v.* Yaker, 9 Wal., 32.)

WHAT IS A TREATY?

To determine how the texts under discussion may affect the body of our law, a most natural inquiry is, What is a treaty? Not so far as its definition is concerned, for nothing could be more simple, That of Bouvier is commonly accepted: "A compact made between two or more independent nations with a view to the public welfare." (B. Altman & Co. *v.* U. S., 224 U. S., 600.)

But our Constitution (Art. II, sec. 2) gives the President "Power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties provided two-thirds of the Senators present Concur."

Does this mean that such treaties, so made, and those alone, become a part of the law of the land? Are these the only ones which override laws and constitutions, and which State and National courts are bound to obey? The language does not prohibit execution by other methods, or other agreements. In fact, throughout our national history innumerable agreements, often informal in their nature, have been made under different names—protocols, conventions, *modi vivendi*, executive agreements, etc. In some cases these have been expressly authorized by Congress or approved by that body; in others usage or necessity have sanctioned them. Horseshoe Reef, in the Niagara River, was ceded to the United States for the purposes of a lighthouse, by a mere exchange of diplomatic notes.

In rare cases the President has entered into engagements without the previous approval of either the Senate or Congress. In the case of *modi vivendi* this is common practice.

In a sense all of these agreements are treaties; they all conform to the definition. But are they all a part of the law of the land?

The Supreme Court in the case of B. Altman & Co. *v.* United States (224 U. S., 583, 1911), dealt with a commercial agreement with France, entered into and proclaimed by the President under the tariff act of 1897, and held it to be a treaty within the meaning of the Circuit Court of Appeals Act, though leaving its *status* uncertain in other respects. It said at page 601:

"We think such a compact is a treaty under the Circuit Court of Appeals Act, and, where its construction is directly involved, as it is here, there is a right of review by direct appeal to this Court."

It would be but a short step to declare such an agreement part of the law of the land.

Had the plaintiff's bronze bust been wrought by hand, so as to come within the definition of "statuary" as contained in the tariff act, he could have entered it at 15 per cent *ad valorem* instead of at 45 per cent. Would not this

have been by virtue of the treaty as a part of the law of the land, and not by virtue of the Act of Congress, as such? And yet the treaty-making power was not invoked.

The District Court for the Eastern District of Pennsylvania went a step farther, and declared that where a parcel-post convention with Germany permitted the heads of the postal departments to make jointly further regulations of order and detail, they, "if fairly within its scope and not destructive of the Convention itself, are a part of the law of the land." (U. S. *v.* 18 Pkgs. Dental Instruments, 222 Fed. Rep., 121, 1915.)

The Behring Sea cases, ably discussed by Hon. S. E. Baldwin in his work on "The American Judiciary," pages 38–41, give another answer to this inquiry.

While the controversy out of which they arose has passed into history, they seem to point the way to a new and important development of our public law by the addition of arbitral awards to the law of the land.

In brief, the contention was that, by the Russian treaty whereby Alaska was purchased, the United States acquired exclusive national jurisdiction over that portion of Behring Sea described in the treaty.

The case In re Cooper (138 U. S., 404, and 143 U. S., 472) grew out of the seizure of a Canadian vessel for pelagic sealing, some 59 miles away from any shore, under section 1956 of the Revised Statutes. Great Britain contended for the three-mile limit.

The attorney general of Canada, with the knowledge and approval of the Imperial Government, presented a suggestion to the court, representing only public political interests, and thereby offered to submit the disputed question to the court. Mr. Chief Justice Fuller, for the court, said:

"We are not insensible to the courtesy implied in the willingness thus manifested that this Court should proceed to a decision on the main question, * * * but it is very clear that, presented as a political question merely, it would not fall within our province to determine it."

The writ of prohibition asked for was denied on technical grounds.

The court left it to be plainly inferred that where private rights are involved, dependent upon the construction of a treaty, even though the case may turn upon a question public in its nature and not yet determined by the political departments, it would be obliged to take jurisdiction, "since we have no more right to decline the jurisdiction which is given than to usurp that which is not given."

Pursuant to a convention an arbitral award was given, supporting the British contention.

Before the award an American vessel was condemned for sealing without the three-mile limit. The Circuit Court of Appeals, on appeal, but after the award, released the vessel, saying that there was then no longer any question undetermined by the political departments. It had been settled by arbitration. The award, being pursuant to the convention, is to be construed as a treaty which has become final. The La Ninfa, 75 Fed. Rep., 513.

Do not these cases indicate an increasing tendency to incorporate more and more into the law of our land, through international agreement, and toward a broader interpretation of the word "treaty"?

If, as all hope and many believe, the thoughts and hopes of the world will center about international arbitrations, and international courts, and international codes, as the surest means of attaining and retaining international harmony, when the terrible conflagration which is devastating Europe shall have been quenched, may we not look forward to a much greater expansion of the law of the land through such treaties, and arbitral awards in pursuance thereof?

May a treaty be constitutionally made which takes from the States rights outside the scope of congressional legislation—in other words, which infringes the reserved powers of the States?

Mr. Tucker is emphatic in his belief that this can not be done and never has been. All cases which apparently sanction such an exercise of power are by him explained away by their relationship to or connection with the enumerated powers.

Treaties removing the disabilities of alienage and extradition cases present the question most clearly, as well as cases of the regulation of fisheries in boundary waters.

Certain *dicta* of the Supreme Court on this subject are irreconcilable with the decided cases in which the invasion of such rights has been upheld.

Prof. Willoughby says:

"There is no principle that can be stated which will bring the *dicta* quoted into consonance with the decisions referred to. Either the *dicta* denying to the treaty-making power the right to infringe state rights are wrong, and must be abandoned, or the decisions upholding such infringement were improper and will not be followed in the future.

The author is convinced that the *obiter* doctrine that the reserved rights of the states may never be infringed upon by the treaty-making power will sooner or later be frankly repudiated by the Supreme Court. In its place will be definitely stated the doctrine that in all that properly relates to matters of international rights and obligations, whether those rights and obligations rest upon the general principles of international law or have been conventionally created by specific treaties, the United States possesses all the powers of a constitutionally centralized sovereign State; and, therefore, that when the necessity from the international standpoint arises, the treaty power may be exercised, even though thereby the rights ordinarily reserved to the states are invaded. (Willoughby, U. S. Constitutional Law, Vol. I, pp. 502 and 503.)"

What, now, are the subjects which may be properly included in a treaty? This answer is given in the case of Geofroy *v.* Riggs (133 U. S., 258):

"That the treaty power of the United States extends to all proper subjects of negotiation between our government and the governments of other nations is clear. It is also clear that the protection which should be afforded to the citizens of one country owning property in another, and the manner in which that property may be transferred, devised, or inherited, are fitting subjects for such negotiation and of regulation by mutual stipulations between the two countries. As commercial intercourse increases between different countries the residence of citizens of one country within the territory of the other naturally follows, and the removal of their disability from alienage to hold, transfer, and inherit property in such cases tends to promote amicable relations. Such removal has been within the present century the frequent subject of treaty arrangement. The treaty power, as expressed in the Constitution, is in terms unlimited except by those restraints which are found in that instrument against the action of the government or of its departments, and those arising from the nature of the government itself and of that of the States. It would not be contended that it extends so far as to authorize what the Constitution forbids, or a change in the character of the government or in that of one of the States, or a cession of any portion of the territory of the latter, without its consent. Fort Leavenworth Railroad Co. *v.* Lowe, 114 U. S., 525, 541. But with these exceptions, it is not perceived that there is any limit to the questions which can be adjusted touching any matter which is properly the subject of negotiations with a foreign country. Ware *v.* Hylton, 3 Dall., 199; Chirac *v.* Chirac, 2 Wheat., 259; Hauenstein *v.* Lynham, 100 U. S., 483; 8 Opinions Attys. Gen., 417; The People *v.* Gerke, 5 California, 381."

Mr. Tucker says that such cases as this merely remove the badge of alienage. But who affixed the badge? Was it not the State? Would it be claimed that an Act of Congress could remove it, when the land is within a State?

I do not share the gloomy apprehensions of those who foresee in this possible encroachment upon the domestic concerns of the States direful consequences looking toward a disintegration of the Union.

The treaty-making power and the public welfare would be sadly hampered, if limited to the exercise in foreign relations of those powers which may properly be exercised in National affairs by the National Government. It has not been so hampered in the past, and progress rather than regress is likely to be the rule of the future.

One more subject is presented for consideration, growing out of the relations of the Nation to the Indian tribes.

In the early history of the country numerous treaties were made with Indian tribes or nations, giving rise to a long series of controversies and decisions. In 1871 Congress enacted that thereafter "no Indian nation or tribe shall be acknowledged or recognized as an independent nation, tribe, or power with whom the United States may contract by treaty, but without invalidating or impairing the obligations of subsisting treaties."

In Ex parte Crow Dog (109 U. S., 556) it was held that "the legislation of the United States may be constitutionally extended over Indian country by mere force of a treaty, without legislative provisions."

While few things are less likely, is it not conceivable that Congress might by enactment forbid the making of a specific or any treaty with a given nation, or resolve that one be made, and thus assume, as in some anomalous instances it has done, control of international relations? Treaties have been terminated by joint resolution of Congress, and by Executive action ratified by Congress. The treaty-making body need not act.

Should a treaty be so made, and should the treaty-making body acquiesce, either through fear that appropriate legislation be withheld, or for other reasons, the political departments would be committed, and no question as to its validity (if individual rights be not involved) could reach the Courts. If this were a possibility, it would put our country upon the same plane with our sister Republics, in all but one of which the National Legislature, by whatever name it be called, is the only body authorized to approve or reject treaties.

The assembling of this, the Second Pan American Scientific Congress, naturally turns our thoughts to the governmental systems of our sister Republics, and leads us to inquire how far what has been said is applicable to them.

What provisions, if any, are contained in their Constitutions, under which treaties are made laws, and placed under the jurisdiction of their courts?

The American Republics are classified in the "American Constitutions" by J. I. Rodriguez, in 1905, as follows: Federal States, 5 in number; Republics of the Caribbean Sea, 3 in number; the Republics of Central America, 6 in number; and the Southern Republics, 7 in number; in all, 21.

Of the Federal States, the United Mexican States and the Argentine Nation have constitutional provisions so similar in nature to those herein discussed as to suggest that their framers doubtless had the Constitution of this Nation before them, and must have deemed its experience to warrant the adoption of like principles.

The Republic of Paraguay is the only other one of the American Republics which has adopted them. These several provisions, as translated in the work referred to, are given in the margin as they stood in 1905. It is possible that there have been later amendments.

THE UNITED MEXICAN STATES.

Page 55, article 72: "The Congress has power: * * *
XIII. To approve the treaties, agreements, or diplomatic conventions which the Executive may make."
Page 60, article 85: "The powers and duties of the President are the following: * * *
X. To conduct diplomatic negotiations and to make treaties with foreign powers, submitting them for ratification to the Federal Congress."
Page 68, article 126: "This Constitution, the laws of the Congress of the Union emanating therefrom, and all the treaties made or to be made by the President of the Republic, with the approval of Congress, shall be the Supreme law of the whole Union. The judges of each State shall be guided by said Constitution, laws, and treaties, any provision to the contrary in the constitutions or laws of the States notwithstanding."
These provisions are altered by amendment, effective September 16, 1875, Volume I, page 79:
Article 72: "B. The following are exclusive powers of the Senate:
I. To approve the treaties and conventions concluded by the Executive with foreign powers."
Page 63, article 97: "The Federal tribunals shall take cognizance of: * * *
VI. All civil and criminal cases that may arise out of treaties with foreign powers."

THE ARGENTINE NATION.

Page 106, article 31: "The present Constitution, the national laws which in pursuance thereof may be enacted by Congress, and the treaties with foreign Powers are the supreme law of the Nation; and the provincial authorities shall be bound to abide by them, any provision in their own provincial constitution or laws to the contrary notwithstanding. This rule is not applicable to the Province of Buenos Ayres, in so far as the treaties ratified after the compact of the 11th of November, 1859, are concerned."
Page 113, article 67: "The National Congress shall have power: * * *
19. To approve or reject the treaties concluded with any foreign nations, and the concordats entered into with the Holy See, and to make rules for the exercise of ecclesiastical patronage in the whole Nation."
Page 122, article 86: "The President of the Nation shall have the following powers: * * *
14. He concludes and signs treaties of peace, commerce, navigation, alliance, limits, and neutrality, as well as concordats and all other arrangements or agreements required for the maintenance of friendly relations with foreign powers. He also receives the ministers accredited by the latter and admits their consuls."
Page 127, article 100: "The supreme court, as well as the Federal inferior tribunals, shall have jurisdiction in all cases and causes not mentioned in clause 11, article 67, of the present Constitution, involving points to be decided by the same Constitution, the Federal laws, or foreign treaties; cases and causes concerning ambassadors, public ministers, and foreign consuls; admiralty cases; cases falling under maritime jurisdiction; cases and causes in which the nation is a party to the contention; and cases and causes between two or more Provinces, or between a Province and the citizens of another, or between citizens of different Provinces, or between a Province or its citizens against a foreign citizen or State."

THE REPUBLIC OF URUGUAY.

Page 161, article 17: "The powers of the General Assembly are: * * *
7. To declare war and approve or disapprove the treaties of peace, alliance, commerce, and any others entered into by the Executive power with foreign nations."
Page 194, "Annex No. 3:
Article 1: The power given to the General Assembly by clause 7, article 17, of the Constitution shall be construed as being applicable to all conventions and contracts of whatever nature concluded or entered into by the Executive Power with foreign nations."
Page 175: * * * "To initiate, with the advice of the Senate, and conclude treaties of peace, friendship, alliance, and commerce, which shall not be

ratified unless approved by the General Assembly; to conclude in the same way concordats with the Apostolic See."

Page 179, article 96: "The high court of justice shall have original jurisdiction to try all cases, without exception of any kind, arising out of violation of the Constitution, crimes or offenses against the laws of nations, admiralty cases, questions arising out of treaties or negotiations with foreign powers, and cases in which ambassadors, ministers, and other foreign diplomatic agents are interested."

Page 187, article 152: "It shall belong exclusively to the legislative power to interpret or explain the present Constitution, or to reform it wholly or in part with the formalities established in the following articles."

THE UNITED STATES OF VENEZUELA.

Page 210, article 52. "The powers vested in the Congress of the United States of Venezuela are: * * *

12. To approve or disapprove diplomatic treaties and conventions, which, without the required approval, shall not be valid or capable of ratification or exchange. The law of approval passed by Congress shall not be executed until it is known that the treaty has been accepted by the other party. Treaties shall not be published until they have been ratified and exchanged."

Page 217, article 80. "The powers vested in the Federal Executive are: * * *

15. To conduct diplomatic negotiations and conclude all kinds of treaties with other nations through the diplomatic agents of the Republic, submitting said treaties to the National Congress for the purposes set forth in item 12 of article 52."

Page 227, article 106: "All acts of the legislative chambers or of the Federal Executive which violate rights guaranteed to the States or impair their autonomy, shall be declared void by the supreme Federal court, in use of the powers given it by item 12 of article 95."

Page 230, article 120: "In all international treaties a clause shall be inserted to the effect that "all differences between the contracting parties shall be decided by arbitration without appeal to war."

Page 231, article 125: "The Law of nations forms part of the laws of the country; but its provisions shall not be invoked when they are opposed to the Constitution and the laws of the Republic.

A study of the Constitutions of these twenty-one American nations discloses this noteworthy fact that in no one of them, save our own and that of the United Mexican States, by recent amendment giving powers to the Senate, is the treaty-making power confided to any other body than the Congress, National Assembly, or General Assembly.

In the Constitution of the Republic of Uruguay, treaties may be negotiated with the advice of the Senate, but they must be ratified by the General Assembly.

The Constitution of the United States of Venezuela has some very interesting features, which are also given in the margin.

At the threshold of our inquiries we therefore perceive that the polity of these nations is totally different from our own. It would seem superfluous to provide that treaties shall form part of the law of the land, when their very ratification is by enactment of the law-making body, and doubtless has all the force and effect of law.

In Mexico and Argentina it was probably thought wiser to guard against all possibility of inconsistent legislation by the several States; doubtless suggested by the experience of this country prior to 1787. Such information as I have been able to get is all to the effect that no cases of conflict have arisen, and none of the difficulties which have vexed us have been met. Indeed, it is hardly possible that they could arise in any other than a Federal State; in three out of five of which treaties are, by express provision, made a part of the supreme law of the land.

It may fairly be assumed that in all of these nations a treaty, if self-executing and affecting individual rights, will become binding and effective as law upon its ratification.

If it requires an appropriation to give it effect, or supporting legislation of any kind, doubtless this must be awaited, but the absence of conflict with another separate body, exercising treaty-making powers, makes this a mere formality.

In nearly all—perhaps all—of the nations, jurisdiction is expressly conferred upon the National Courts to take cognizance of all questions arising under treaties.

While perhaps sacrificing secrecy and dispatch, which led the Framers of our Constitution to confer the power to make treaties upon the President and two-thirds of a *quorum* of the Senate, our neighbors have been spared many bickerings and much bitterness.

Many of them have expressly provided that treaties shall not be made in violation of constitutional provisions, or of a nature specifically mentioned. It is also a common provision that international law is accepted as a part of the law of the land.

Another feature is that in many of these Constitutions all doubt as to the proper meaning of the word "treaty" is removed by expressly giving constitutional recognition to conventions, protocols, and other international agreements.

From this brief review it is apparent that our neighbors have little to learn from us in this department of public law; that they have solved their problems, and solved them well. It must be equally apparent that our country has many yet to solve. That, as they arise, they will be met and solved, with due regard, on the one hand, to the dignity and essential requirements of a sovereign nation in its international relations, and with due regard to constitutional limitations on the other, as well as with insistence that we remain "meticulously exact" in our treaty obligations, is our confident belief.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, we have the pleasure of having with us a representative of the most southerly of the American Republics, Dr. Moises Vargas, who will favor us with an address prepared by him upon the powers of the president to dictate bills and regulations. As a professor of administrative law in the University of Chile he is peculiarly acquainted with the particular subject matter of that address, and I take great pleasure in recognizing him.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

Por MOISÉS VARGAS,

Profesor de la Universidad de Chile.

Se conoce bajo la denominación de potestad o facultad reglamentaria la que tiene el Poder Ejecutivo para decretar disposiciones que faciliten la aplicación de las leyes y las que ejercen también en virtud de autorización legal otras entidades administrativas, para dictar normas obligatorias, más o menos generales o restringidas, de aplicación común, que crean, modifican o extinguen vincu-

los jurídicos, y cuyo cumplimiento o infracción puede perseguirse ante los Tribunales de Justicia. "El reglamento es un acto del Estado que poseyendo fuerza obligatoria general, no es promulgado en forma de ley."[1]

No pretendemos dar una definición perfecta ni imperfecta, lo que en el derecho, como en otras ciencias, reviste escasísima importancia; deseamós sí precisar el concepto y de manera general presentarlo en los dos aspectos principales que él ofrece, en lo que se relaciona con las autoridades de que pueda emanar el reglamento y el objeto sobre que éste recae.

Al estudio de esta materia van unidos interesantísimos problemas de aplicación práctica en el foro y en el orden administrativo; y los trabajos que sobre ella versen, por destituidos de mérito intrínseco con que aparezcan, ofrecen por lo menos el interés que siempre presenta lo nuevo, ya que el asunto, en lo que nuestros reducidos conocimientos lo permite saber, no ha sido tratado ni de manera sistemática ni incidental entre nosotros. Puede haber sido motivo para ello la aparente modestia del tema si se le compara con otros de mucho mayor relieve que tan abundantemente ofrecen los derechos civil y público y que cautivan más la atención de los entendidos.

Origen histórico.—Históricamente considerada la potestad reglamentaria aparece por primera vez en la antigüedad con el *jus edicendi* de los pretores, censores y otros magistrados romanos, y en los comienzos de la Edad Media en los bandos públicos de los primitivos monarcas germánicos y en las capitulares de los primeros carlovingios. Representan éstas, en el orden histórico, el primer esfuerzo realizado para constituir y organizar una vasta administración por medio de la potestad reglamentaria. Es interesante anotar que esta facultad del soberano tenía por límite el derecho consuetudinario de la nación, el cual no podía ser reformado por la sola autoridad personal del monarca, sino por la que emanaba de la asamblea legislativa popular, presidida por el mismo soberano.

Diferencia tan visible entre el derecho fundamental, de carácter de estatuto, de ley o de norma constitucional existente por una parte y entre el bando promulgado por el rey—que se equipara a la actual potestad reglamentaria—por otra, desapareció con el trascurso del tiempo confundiéndose ambas potestades en una sola cuando con el correr de los años la autoridad del monarca llegó a tener tal preponderancia y valor como poder legislativo, que los legistas la sancionaron con las máximas muy conocidas de derecho "*rex legibus solutus est*" y "*quod principi placuit legis habet vigorem.*"

A pesar de que estos principios estuvieron muy esparcidos por las diversas naciones europeas, el aforismo latino dejó de sufrir interesantes excepciones. Y así varios monarcas de Castilla hubo que no sólo se resistieron a mandar cosas contrarias al derecho, sino que prescribieron a sus oficiales de justicia que no acataran las órdenes que ellos mismos (los monarcas) expidieran contrarias al derecho. "Que se obedezcan y no se cumplan" dijo respecto de ellas uno de esos soberanos, y fueron muchos los que como él manifestaron igual respeto por el derecho establecido.

La diferencia sustancial entre ley y reglamento no reaparece en el campo del derecho público sino con la extinción del antiguo régimen absoluto. Su renacimiento es, en efecto, producto de la revolución francesa de 1789 y surge en l vida jurídica, no como reivindicación de antiguas libertades y derechos extinguidos, sino como corolario del concepto que sobre la separación de los poderes públicos nació y estuvo tan en boga por aquel entonces.

Conforme a este criterio, es el poder ejecutivo quien dicta las medidas conducentes a la aplicación y ejecución de la ley nacida del poder legislativo.

[1] Otto Mayer, Le Droit Administratif allemand, t. I, p. 158.

En esta primera fase de su existencia en la época contemporánea, el reglamento presenta un carácter de fuerza y de autoridad que hubo de perder luego por razón del triunfo de las ideas democráticas.

Así, la carta de 1814 daba al rey en Francia la facultad de dictar los reglamentos y ordenanzas necesarias para "la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado" (Art. 14.) El abuso de esta facultad en que incurrió Carlos X, y que tuvo por consecuencia la revolución de 1830 y la consiguiente pérdida de su trono, fué causa de que en la Carta de 1830 se otorgara al rey la autorización de "hacer los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes, sin que pueda jamás suspender su aplicación ni dejar de ejecutarla." Idéntica disposición fué inserta en la Constitución italiana promulgada por Carlos Alberto en 1848, artículo 6.° quitando sólo del texto francés, con muy meditada deliberación, el vocablo *jamás*. Digamos de paso que este hecho ha sido invocado posteriormente por algunos tratadistas italianos para valorizar la teoría por ellos y otros sustentada de que en casos graves y excepcionales, de trastorno del orden público y del sistema legal establecido, puede el Gobierno por medio de "ordenanzas de urgencia" suspender la aplicación de ciertas leyes y dictar las medidas reglamentarias que el caso requiere. En la debida oportunidad nos ocuparemos con mayor detención en tan importante asunto.

Naturaleza de la potestad reglamentaria.—La esencia de la potestad reglamentaria consiste en este hecho: Si la autoridad puede ordenar o prohibir en cada caso particular, dentro de una competente esfera de acción legal, puede ordenar o prohibir de manera general para los casos análogos que se presenten en el porvenir. Esta es la base racional de la potestad reglamentaria. Podría argüirse que la extensión de esta potestad puede conducir a la tiranía, pero tal objeción carece de valor si se considera que la autoridad sirviéndose de ella no podrá prescribir de manera general lo que no puede ordenar de manera particular.[1] Entre nosotros nace esta facultad de la naturaleza misma de las funciones que al Presidente de la República confiere nuestra Constitución Política.

Según ésta (art. 50), el Presidente *administra* el Estado y es el Jefe supremo de la Nación. De esta función de administrar se derivan dos clases de actos muy diversos entre sí e indispensables ambos para el cumplido desempeño de la función administrativa, a saber:

(*a*) Los actos de carácter general o *reglamentos*, en Alemania, *verordnungen;* y

(*b*) *Los actos administrativos*, de carácter particular, que llevan envuelta la idea de un *pronunciamiento especial* para un caso determinado, *verfügungen* en el derecho administrativo del Imperio Alemán.

Los primeros, que son por ahora los únicos objeto de nuestro estudio, tienen su razón de ser ante la lógica de las cosas en el concepto ya expresado y ante el derecho positivo en los preceptos del artículo 73, núm. 2° de nuestro Código fundamental que, entre las varias atribuciones especiales que confiere al Presidente de la República, establece la de "expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes."

Debido a la multiplicación de los reglamentos y a la índole de las funciones que éstos llenan en el orden administrativo y jurídico, se ha venido consagrando, en los últimos tiempos, la importancia atribuída a las disposiciones reglamentarias hasta el punto de estimarlas hoy día agunos, como si fueran una verdadera ley.[2] Macarel, en su Curso de Derecho Administrativo, considera

[1] Pisanelli, Lecciones de Scienza della Amministrazione, Roma, profesadas en la Universidad de Roma en 1913.

[2] Leroy, La loi, p. 110.

el reglamento como una ley secundaria; Batbie, en 1862, en su Tratado de Derecho Público y Administrativo, dice: "En virtud de su facultad reglamentaria el Jefe del Estado ejerce una especie de poder legislativo"; Dufour, en su Tratado General de Derecho Administrativo aplicado, sostiene que es de la esencia de estas disposiciones el que participen de los caracteres distintivos de las normas legislativas. De igual modo piensa hoy día la mayor parte de los tratadistas contemporáneos.[1] Aún para la Corte de Casación en Francia los reglamentos son verdaderas leyes. "Una disposción de policía, dice este alto Tribunal, cuando es dictada legalmente y dentro de la esfera de acción de la potestad reglamentaria, es una verdadera ley local; tiene los efectos y la autoridad de la ley por el hecho de ser obligatoria para todos los ciudadanos." Para el español don Adolfo Posada la potestad reglamentaria es una potestad delegada del Legislativo en el poder administrativo, y en sí misma es una *función legislativa* que ejerce la Administración con más o menos amplitud, según el sistema político vigente, que en parte puede ejercer por delegación *expresa* del poder legislativo, como cuando éste así lo dispone, y que en parte necesariamente tiene que ejercer la Administración misma, "por ser imposible realizar en las funciones la total separación que entraña el supuesto de la división de los Poderes.[2]

Necesidad del ejercicio de esta facultad.—Cuando se encontraban en pleno vigor los principios abstractos concebidos de manera ideológica por Montesquieu sobre la separación de los Poderes Públicos, poderes que no habían funcionado como el escritor francés creyó verlos ni en Inglaterra ni en ningún otro país; cuando toda ingerencia de un Poder en la competencia de otro era considerada, doctrinariamente, como una invasión de atribuciones; cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo constituían en el hecho y en derecho dos entidades con intereses diversos y muchas veces antagónicos y cuando el personal de ambos era completamente distinto y formaban cada uno campo aparte y la burocracia se generaba dentro de ella misma ajena a las influencias del Poder Legislativo; cuando, en resumen, las circunstancias de orden político y jurídico eran muy diferentes de las actuales, se explica que el Poder Ejecutivo se viera cohibido dentro de sus atribuciones y ejerciera éstas exclusivamente en un sentido estricto y restringido, limitándose a pronunciar resoluciones en los casos particulares conocidos en derecho meramente como *actos administrativos*. Pero, el medio tan diverso en que se desarrolla actualmente la vida política contemporánea, el no existir sino en los textos legislativos la separación de los Poderes Públicos, que en el hecho ha sido sustituída por una labor de cooperación íntima y mezclada entre todos ellos y de manera principal entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; a todo lo cual se agrega, por una parte, el crecimiento en tan grandes proporciones de los asuntos que ocupan la atención de los gobiernos y por otra, la ingerencia que a impulsos de las nuevas condiciones de orden económico y social, antes desconocidas, cabe a los Poderes Públicos en el fomento de todas las actividades nacionales; todos estos factores aunados, contribuyen a que el Poder Ejecutivo use ampliamente de la potestad reglamentaria y reemplace al instituir normas obligatorias, de carácter secundario, la tarea que por la misma naturaleza de las funciones correspondía al Poder Legislativo. Por lo demás, esto no es una novedad en la organización política moderna y contra la opinión de Montesquieu y los que todavía se aferran a sus doctrinas, considerando la decantada división de los poderes—que no existió jamás en Inglaterra—como la piedra angular del derecho público moderno, vemos que así como el Poder Legislativo desempeña muchas funciones

[1] Leroy, La loi, p. 110; Mayer, ob. cit. p. 159.
[2] Posada, Tratado de Derecho administrativo, t. I, p. 257.

ejecutivas y aún judiciales, de *jure* y *de facto*, el Ejecutivo, por su parte, en desempeño de su función administrativa vése obligado a dictar disposiciones de carácter general. A este respecto so opera entre ambos poderes la división del trabajo requerida por la circunstancia apuntada y por la esterilidad de que en todas partes dan muestras hoy día los cuerpos legislativos. Así, Inglaterra, cuna del parlamentarismo y modelo de instituciones políticas tantas veces copiado, dictó durante algunas centurias todas sus leyes con lujo de detalles que corresponden más a reglamentos del Poder Ejecutivo que a disposiciones generales legislativas. Las nuevas necesidades y las deficiencias señaladas, han cambiado la actitud del Parlamento en esta materia. Las leyes más recientes, que han organizado servicios públicos y establecido también las relaciones entre éstos y los particulares, se han hecho cargo de esta nueva situación y contemplada la dificultad que existe de seguir legislando de la manera referida, facultan a la superioridad de los diversos servicios para que dicte por sí misma la reglamentación necesaria, la cual es sometida a la consideración del Parlamento por un determinado período de tiempo, estableciendo de este modo un mecanismo muy fácil para su aprobación o rechazo: si llegado el plazo final del término no se hubiere pronunciado el Parlamento sobre la reglamentación propuesta, queda ésta *ipso facto* aprobada.

Análogas razones han originado en Francia la abundante reglamentación conocida con el nombre de *Reglamentos de Administración Pública* que también con toda suerte de detalles organiza el funcionamiento de los servicios públicos y las relaciones de éstos con los habitantes, y en Alemania los *Verordnungen*.

Fundamento legal de esta facultad.—Se dividen las opiniones acerca del origen constitucional o legal del poder reglamentario. Para algunos arranca de la facultad propia que al Presidente de la República otorga la Constitución Política de expedir los reglamentos para la aplicación de las leyes y son un resultado del carácter de administrador del Estado con que lo inviste el mismo Código Fundamental; son ellos pues la consecuencia necesaria de sus facultades administrativas. Para otros el Presidente de la República obra en estos casos a virtud de delegación legislativa conferida por el Parlamento. Entre los primeros podríamos citar el constitucionalista Esmein (*De la delegation du pouvoir législatif*) y el profesor Berthelemy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République* (*Rev. Polit. et Parlam. 1898*)[1] y los chilenos señores Jorge Huneeus[2] y Alcibíades Roldán:[3] y entre los segundos a Macarel, Bathie, Aucoc, Laferriere, Ducrocq. Esmein sostiene que el Poder Legislativo, que tiene el *ejercicio* de su función, no puede *disponer* de ella; y Berthelemy dice que se puede *transmitir* un derecho, se puede conferir un mandato, pero no se puede *transmitir una función;* y agrega, que así como un prefecto (entre nosotros un intendente) no podría descartarse de sus obligaciones confiándolas a otro funcionario, así también no es posible que el Poder Legislativo encargado de legislar confiera este mandato a otro de los Poderes Públicos. En algunos países no se ofrecen dudas acerca del origen legal de esta facultad. En Alemania, el Emperador por ejemplo, no puede ejercer la potestad reglamentaria sino a virtud de delegación expresa del Poder Legislativo o en los casos en que de manera especial lo autoriza la Constitución.[4] En Estados Unidos, el Presidente en uso de las atribuciones propias que ejerce para administrar el Estado, puede dictar todas las instrucciones y reglamentos que estime necesarios para el desempeño de su misión, pero estos son de obediencia forzosa únicamente para los funciona-

---

[1] Véase, además del mismo autor su Traité, p. 98.

[2] La Constitución ante el Congreso, t. II, p. 46.

[3] Elementos de Derecho Constitucional Chileno, p. 390.

[4] Goodnow, Derecho Administrativo Comparado, Trad. esp., p. 109.

rios y no para los particulares. En cambio el Congreso, por delegación expresa, autoriza muchas veces al Presidente para que dicte ciertos reglamentos, y en este caso sus disposiciones obligan a los particulares y a los tribunales de justicia, pues se considera que en esta ocasión el Presidente expide medidas de carácter legislativo en fuerza de la delegación referida.[1]

Como fácilmente se comprende, además de su importancia doctrinaria, este tema reviste otra, de aplicación práctica, ya que los Tribunales de Justicia llamados a dirimir las contiendas jurídicas suscitadas entre los particulares entre sí o entre ellos y la administración pública, pueden o no aplicar los reglamentos según aprecien su origen constitucional y su consiguiente valor imperativo.

Fuerza obligatoria de los reglamentos en general.—Esta importante cuestión da origen a los siguientes problemas: 1°. Si los reglamentos emanan de las facultades administrativas del Presidente de la República establecidas por la Constitución ¿hasta qué punto obligan a los particulares? 2°. Si los reglamentos emanan de una delegación legislativa, ¿hasta qué punto obligan a los particulares y puede perseguirse su infracción ante los Tribunales de Justicia?

Respecto de lo primero, para dilucidar la tesis propuesta hay que distinguir: (*a*) El reglamento contiene disposiciones que no crean nuevas normas de derecho sino que tienen por objeto la aplicación de las ya existentes. Este es el tipo más común y simple, más conforme también a su naturaleza, que no queda desvirtuada, pues no llena otra misión que la muy modesta que debe desempeñar. Cuadra perfectamente dentro del concepto que un eminente jurisconsulto, fiscal de la Corte Suprema, emitió acerca de lo que él entendía que debía ser un reglamento: "El fiscal cree que las reglamentaciones vienen bien cuando, fijas y ciertas las leyes, sólo falta para hacerlas efectivas un *modus operandi*, una sustanciación o ritualidad que dé forma expedita a los derechos de los interesados y a las atribuciones de las autoridades. Pero un reglamento, como el que se refiere a los accesorios de un sistema que se implanta, requiere por fuerza que antes se hallen determinadas y establecidas sus bases esenciales en la legislación principal."[2] (*b*) El reglamento crea nuevas normas de derecho, ya sea al aplicar una ley determinada o no. No cabe duda que este reglamento, en lo que a dar fuerza a la implantación de esa norma se refiere, carece de valor alguno. Puede, si se quiere, ser forzoso para los funcionarios que dependen del Presidente de la República y que por razón de jerarquía están obligados a cumplir sus órdenes, pero jamás para los particulares que se encuentren compelidos a una nueva obligación o limitación en el ejercicio de un derecho, o vean defraudados por él un derecho adquirido.

En la práctica se ha llegado en este punto a extremos verdaderamente abusivos que podrían invocarse como ejemplo palmario de extralimitación de atribuciones, y para no aducir muchos, bástenos citar uno de los que más allá han ido fuera de la autorización legal: El reglamento de 2 de julio de 1883 tuvo por objeto aplicar las disposiciones de la ley de 24 de enero de 1883, sobre reorganización de los servicios de tesorerías fiscales, la cual faculta a la Dirección General de Contabilidad para practicar visitas de inspección a las reparticiones públicas que manejen dineros nacionales; y sin que la ley misma contuviera autorización alguna sobre el particular, el reglamento recordado inviste a los inspectores de oficinas fiscales de la facultad de suspender de

[1] Goodnow, Derecho Administrativo Comparado, Trad. esp., p. 85.

[2] Dictamen del Fiscal de la Corte Suprema don Vicente Aguirre Vargas, emitido con fecha 20 de julio de 1889 al Supremo Gobierno, con motivo de un proyecto de reglamento elaborado por la Dirección General de Obras Públicas sobre concesión de mercedes de agua, inserto en Correa Bravo, Ley de Municipalidades, p. 248.

lr.

sus funciones a los empleados que creyere culpables, facultad que no emana de la ley, que hiere el derecho que el empleado tiene a su función y emolumentos correspondientes, de los que no puede ser privado en todo o parte sino por un procedimiento muy diverso, establecido por otras leyes y que aun con muy sólidos y buenos razonamientos, es negada por algunos al propio Presidente de la República. De toda evidencia es a nuestro entender que los Tribunales de Justicia deberían, si llegara el caso ante ellos, desconocer los efectos de una medida adoptada sin un título legal y fuera de la competencia que la ley (y no el reglamento) fija a un funcionario.

A esta clase de reglamentos podrían aplicarse los conceptos emitidos por don Jorge Huneeus, quien, lamentándose del abuso en que se incurre al dictar reglamentos que crean condiciones nuevas no establecidas en la ley, dice que "se han convertido en otras tantas obligaciones de origen vedado." [1]

En Inglaterra esta clase de reglamentos son anulados en sus efectos por los tribunales, como *ultra vires*, por exceder la autorización legislativa.

Tienen carácter obligatorio "siempre que no contradigan la ley."[2] Es, pues, de su esencia que no pueden adoptar nuevas normas jurídicas ni mudar las existentes.

Nos resta contestar la segunda pregunta que formulábamos al comienzo de este párrafo y que abarca el segundo aspecto que puede ofrecer este problema. Si los reglamentos emanan de una delegación legislativa ¿hasta qué punto obligan a los particulares y puede perseguirse su infracción ante tribunales de justicia?

Ardua es la respuesta, y que en esta fase la cuestión presenta, fuera de otra previa, complicadísimos aspectos.

Lo previo reclama, como es lógico, nuestra primera atención. Es menester dilucidarlo y resolverlo como base indispensable de lo que sólo es un complemento. Ya vimos como autores tan eminentes como Esmein y Berthelemy en el extranjero, y los señores Huneeus y Roldán entre nosotros, opinan por que el poder reglamentario no se ejerce a virtud de delegación legislativa. Se impone, pues, en presencia de tan autorizadas opiniones (aunque no lo son menos las que sostienen la opinión contraria y que ya citamos) examinar el asunto con la atención y profundidad que se merece, trayendo ante la vista todos los elementos que puedan servir al fin perseguido. Llama en primer lugar la atención el hecho de que esta entidad, llamada legislador, que para estos efectos debe suponérsele dotada de un criterio fijo, recurra en unos casos al arbitrio de ordenar que el Presidente de la República deba decretar los reglamentos necesarios para la aplicación de una ley determinada y en otros no haga la menor alusión sobre el particular. Son numerosas las leyes que en su artículo final diponen que "el Presidente de la República dictará los reglamentos necesarios para la aplicación de esta ley." Tómese debida nota de que en la generalidad de los casos no contiene agregación alguna que imponga la obligación de que se dicten dentro de un plazo determinado. Podemos, pues, dar testimonio de dos hechos: uno, que el legislador deja al Presidente de la República en libertad de dictar o no los reglamentos para la aplicación de la ley. Si este mandatario lo desea, por estimarlo así conveniente, puede expedir el reglamento a virtud de su atribución constitucional, de carácter general. El segundo de los hechos que invocamos es el siguiente: el legislador en multitud de casos y no para obligar a aquel mandatario a que decrete los reglamentos dentro de un término señalado, le autoriza de manera especial para el efecto. Esta autorización expresa, ¿es una redundancia? ¿Por qué el legislador de

---

[1] Obr. cit., t. II, p. 46.
[2] Roldán, obr. cit., p. 390.

manera especial impone o autoriza un reglamento para aplicar una ley, siendo que el Presidente podría dictarlo dentro de la competencia que le señala para el objeto la Constitución? La aparente redundancia de estos dos hechos debe explicarse dentro del único criterio posible de aceptar, a saber, que el legislador no ignora la existencia del precepto constitucional y de que a sabiendas inserta en las leyes la prescripción a que nos hemos venido refiriendo. Esto sentado como principio inamovible para la más acertada dilucidación del asunto, cabe ahora preguntarse ¿a qué móvil obedece el legislador al proceder de esa manera? Porque así como damos como un hecho el que obra con pleno conocimiento de la disposición constitucional aducida, tenemos también, siempre obligados por la lógica de las cosas, que suponer en él una intención, un propósito deliberado que alcanzar, ya que no es posible imaginarse dentro de estos principios de hermenéutica jurídica, que hubiera hechos y actos del poder soberano del cual emana le ley, que existieran por sí solos y no debieran su vida a la realización de un objeto real y determinado. No puede existir un acto legislativo que no esté encaminado a la prosecución de un fin. Y la explicación de ambos fenómenos no puede ser otra que ésta: el poder Legislativo delega en un caso sus funciones en el Presidente para que las ejercite por la vía reglamentaria y en el otro no, y de ahí que para el primero inserte en la ley su mandato.

No de otra manera puede explicarse esto que a primera vista es una redundancia, ya que no cabe suponer en el legislador, al igual de una persona natural, defectos repetidos con tanta insistencia y que acusan desconocimiento de uno de los más elementales principios del derecho público. Mas, si lo anterior parece tan obvio que se impone por sus mismos caracteres de evidencia, no lo es menos que dentro de esta autorización o delegación expresa conferida al Presidente caben grados de diverso valor, de los cuales no se puede prescindir en la aplicación de los reglamentos. Bástenos por el momento dejar establecido que si la delegación legislativa aparece como un hecho inconcuso, y el reglamento que tiene esta génesis, se confina prudentemente dentro de los deslindes de la competencia asignada al Presidente de la República, sus disposiciones obligan al poder judicial en el estudio y fallo de los negocios de su incumbencia, el cual debe mirar su texto como si tuviera ante sí la ley misma; que por lo referente al diverso valor mencionado y a la mayor o menor fuerza obligatoria que aquellos puedan imponer, al tratar de las varias clases de reglamentos examinaremos las modalidades que reviste en los distintos casos que regularmente se presentan.

Sin embargo, esto que se muestra tan patente, que aleja toda duda acerca de su realidad, que ha sido sustentado por eminentes publicistas, ha sido sin razón y tal vez por la rapidez con que pasa por sobre esta materia, desconocido por uno de nuestros más illustrados jurisconsultos, don Luis Claro Solar, quen ninguna distinción establece a este respecto y sostiene de manera general que los tribunales deben fallar las causas civiles y criminales "no conforme a los decretos del Presidente de la República, sino con arreglo a las leyes."[1] Pero, esta opinión, aislada si se la considera ante el conjunto de las emitidas por los publicistas, magistrados y profesores ,que se han ocupado en estas cuestiones con el respeto que nos merece la personalidad de su autor, no es más que un ejemplo de lo que insinuábamos al comienzo de estas líneas acerca de la poca o escasísima importancia que entre nosotros se ha prestado al estudio de esta interesante materia, que en el extranjero ha merecido la elaboración de toda una vasta literatura acerca de ella. Prueba de este aserto es la nutrida lista bibliográfica con que encabezamos esta materia, y que comprende sólo una

[1] Explicaciones de Derecho Civil Chileno, t. I, p. 82.

pequeña fracción de lo mucho que en todos los idiomas se ha publicado al respecto.

"Es evidente que los Tribunales no pueden dejar de aplicar y han de hacer cumplir los decretos y reglamentos al igual que las leyes. Pero carecen de autoridad las disposiciones del Poder Ejecutivo dictadas fuera de los límites que señalan su competencia y al poder judicial incumbe examinar si con arreglo a la Constitución, que determina y precisa los límites de la competencia del Poder Ejecutivo, puede o no reconocerse la autoridad de sus actos."[1]

Varias clases de reglamentos.—La clasificación más fundamental que puede hacerse de los reglamentos tiene por base la distinción de límite de su fuerza obligatoria, pues los hay que sólo compelen a la Administración (los *verwaltungsverordnungen* alemanes) y otros que obligan también a terceros (*rechtsverordnungen*). Los términos *verwaltung*, administración, y *recht*, derecho, precisan en cada uno de ellos, la diversidad de su valor.

(*a*) *Reglamentos que obligan solamente a la administración.*—Pueden tener éstos por objeto aplicar una ley u organizar un servicio público cualquiera o el ejercicio de una función administrativa sin que exista una ley que implantar.

El Presidente de la República procede en uso de sus facultades generales de administrador del Estado al dictar las medidas de carácter general exigidas por el funcionamiento de un servicio público, y los decretos que expide reciben el nombre de *decretos orgánicos.*

Como dice un escritor italiano, "la autoridad administrativa puede y debe fijarse a sí misma la norma a que se ajustará en el ejercicio de los poderes discrecionales ordinarios que son de su competencia."[2] Es de la esencia de esta clase de reglamentación que el Presidente puede modificarla o derogarla a su antojo, pues sus preceptos no dan origen a derechos de los particulares; y si en su adopción han intervenido corporaciones como el Consejo de Estado u otras con la cooperación de las mismas se deben modificar y derogar.

(*b*) *Reglamentos que afectan los derechos de terceros.*—Se subdividen en dos grupos: 1°, Aquellos que se limitan a aplicar normas de derecho legalmente establecidas, y para el caso da lo mismo que se aprecie como facultad privativa o delegada la que tiene el Presidente para expedirlos, desde el momento que ellos no crean derechos ni obligaciones, sino que suministran el *modus operandi* para la aplicación de derechos pre-existentes. Obligan a los tribunales porque el Presidente procede dentro de su competencia constitucionalmente demarcada y no establecen una nueva norma que ha sido ya anteriormente creada por vía legislativa; 2°, aquellos reglamentos que crean nuevas normas de derecho. Si estas nuevas normas proceden únicamente del poder ejecutivo no tienen valor alguno obligatorio. Los particulares afectados por ellas pueden no obedecerlas y los tribunales de justicia tienen la obligación incuestionable de no aplicarlas, pues constituyen una extralimitación de atribuciones en abierta pugna con los siguientes principios constitucionales: No puede exigirse ninguna especie de servicio personal o de contribución sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de *la ley* que autoriza aquella exacción (art. 140 de la C. P.) y ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que las que expresamente se les haya conferido por *las leyes*, so pena de nulidad (art. 151).

En cambio, si el reglamento contuviere nuevas normas originadas en una autorización legislativa, se impone su fuerza obligatoria, con las restricciones que se indican. La delegación legislativa se efectúa de varios modos más o

[1] P. Fiore, De la irretroactividad de las leyes, trad. del it., p. 18.
[2] Santi Romano, Diritto Amministrativo, p. 20.

menos definidos y expresos, y es el más sencillo de ellos el que con tanta frecuencia emplean las leyes en su parte final, autorizando al Presidente de la República para dictar los reglamentos necesarios a su aplicación. Vimos que ésta y análogas frases que conducen todas a la misma idea, no pueden explicarse dentro de los más lógicos principios de la sana crítica, sino justificando su existencia por la necesidad de consignar expresamente la delegación de la potestad legislativa. Una vez dictados, los reglamentos quedan incorporados a la legislación nacional; podríamos decir que no sólo son el complemento indispensables de las leyes, sino que forman parte de ellas mismas, y el público que reconoce este hecho, inclinándose ante la evidencia y observando algo de que en forma expresa no se ha hecho cargo la legislación positiva, los consagra con personería propia; y diversificándolos de los restantes congéneres los denomina *decretos con fuerza de ley*. Y no se diga que esta expresión es sinónima de *decreto-ley*, que ya el mismo público ha establecido la necesaria diferencia entre ambas, desde que únicamente emplea la segunda para denominar aquellos decretos expedidos, por ejemplo, durante la administración Prieto cuando el Presidente había asumido en sus manos toda la suma del poder público, y usa la primera en la acepción que le hemos reconocido. Pertenece a esta categoría, la más simple de esta clase, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857, dictado en virtud de la disposición del Código Civil contenida en su artículo 685, que reza así: "Un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones." Tal es la *fuerza de ley* de este precepto que, como lo dice su artículo final, mantuvo por algún tiempo en suspenso y de manera expresa, la aplicación del recordado artículo 695; y nadie, desde que comenzó a ser obligatorio, ha pretendido reformar sus mandatos por medio de un segundo decreto supremo. Si algo se hiciera en este sentido, los tribunales y la opinión unánimemente no le atribuirían ningún valor, por estimar que el reglamento consabido posee la misma fuerza obligatoria que el código que le ha dado origen. De paso, es menester anotar el hecho, que más tarde ha de servirnos de fundamento principal en la adoptación de una teoría sustentada a propósito de este interesante tema, de que marchan unidas la delegación y la irrevocabilidad del acto impuesta a la entidad que lo ejecuta.

En forma todavía más clara y perentoria manifestó el Poder Legislativo su expresa voluntad de delegar sus funciones en los dos ejemplos siguientes: El Presidente de la República con fecha 22 de febrero de 1858, dictó un reglamento con el nombre de Ordenanza General de Correos, ejercitando la autorización expresa que para el caso le confirió la ley de 5 de noviembre del año anterior, ley que consta solamente del artículo que faculta al primer mandatario para decretar esa ordananza. Este reglamento, también tiene tanta fuerza de ley como si todo lo ordenado en él apareciera inserto en el texto mismo de la cortísima ley de 1857 y el hecho de que varias de sus disposiciones hayan sido modificadas o ampliadas posteriormente por nuevas y numerosas *leyes*, viene a comprobar la opinión que venimos sustentando. A mayor abundamiento, la Corte Suprema reconoce, asimismo, la fuerza de ley que tiene la ordenanza referida y declara que un contrato de trasporte "no puede existir jurídicamente ni producir efectos civiles después de dos años, en vista de que según el artículo 158 de dicha Ordenanza esos contratos no pueden durar más de ese tiempo."[1] Igual valor han atribuído constantemente los tribunales a la Ordenanza de Aguas de 3 de enero

[1] Sent. Cas. en el fondo, julio 15, 1911, "Lobo con Fisco." Véase Revista, tomo IX, 2, 454.

de 1872, promulgada en uso de la facultad conferida por el artículo 119 de la Ley Orgánica de Municipalidades de 8 de noviembre de 1854, y a las Ordenanzas dictadas para cumplir la ley de Policía Sanitaria de 30 de noviembre de 1886, con el agregado de que éstas imponen multas de uno a cincuenta pesos a los particulares que no se ajusten a sus mandatos.

Como último ejemplo de esta especie de ejercicio de la potestad reglamentaria y que ofrece cierta diferencia con los ejemplos anteriormente aducidos, se puede invocar la ley vigente de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, que en su artículo primero autoriza al Presidente de la República para *establecer* Municipalidades, oyendo al Consejo de Estado. Según la manera como se ha apreciado esta autorización, el Presidente ha sido facultado por una sola vez y lo hecho por él no puede ser modificado o derogado de propia autoridad sino mediante la intervención del Poder que expresamente delegó en él esta facultad. Y así, la Corte Suprema mantiene igual parecer conociendo de un juicio originado en que el Presidente de la República había mudado la cabecera de una comuna después de haberla fijado por medio de un decreto supremo. Dice el Exmo. Tribunal que "sólo puede verificarse en virtud de una ley la traslación de la cabecera de la comuna a un punto diverso del fijado primitivamente por decreto supremo, dictado como consecuencia de la autorización referida." Conforme a esta doctrina, sancionada por nuestros tribunales, cuando al Presidente de la República se confiere por alguna ley la facultad de dictar un decreto que la complemente, ejercitada esta facultad por aquel funcionario, ella caduca en orden a la materia a que el decreto se refiere, y éste, por la naturaleza de las cosas, forma parte de la ley misma, sin que pueda ser modificado o derogado sino mediante las formalidades que las leyes exigen para modificar o derogar las leyes.[1]

En los casos comtemplados la delegación se verifica *a priori;* otros hay en que ella viene a modo de sanción de actos por su naturaleza legislativos dictados por el Ejecutivo. Tal sucede con los decretos reglamentarios que expide el Presidente de la República y reciben aprobación legislativa al ser incorporados y aprobados en una glosa de la ley anual de Presupuestos. Ocurre algunas veces que estas glosas con sus declaraciones incorporadas en ellas, crean derechos e imponen obligaciones, y lo que es peor, suspenden los efectos o la aplicación de leyes de carácter permanente.

Otras veces, se recurre a este medio, no recomendable, para manifestar la intención del legislador, en orden a interpretar cierta disposición legislativa. Pero, si puede aceptarse, con las reservas del caso en mérito de circunstancias de índole premiosa o de un interés general que no ha podido satisfacerse en otra forma, que valiéndose de estos decretos incorporados se establezcan nuevas normas de derecho o se aclare el sentido de otras ya existentes, es censurable e imposible de admitir que adquieran valor imperativo disposiciones enderezadas a suspender, modificar o derogar derechos y situaciones jurídicas y aún nuevas expectativas nacidas al amparo de una legislación verdaderamente tal, que ofrecía garantías de permanencia y de no ser modificadas sino en la forma contemplada por la Carta Fundamental. Bien se comprende que los intereses de los habitantes desarrollados y consolidados en circunstancias determinadas no pueden quedar expuestos al arbitrio del capricho gubernamental o legislativo, tan fácil de tomar cuerpo y consistencia por este sencillo medio de legislar que se ha venido abriendo sendero entre nosotros al compás de nuestra dificultosa y estéril marcha legislativa. Decimos al arbitrio en sentido de arbitrario, ya que puede muy fácilmente ofrecer este carácter la obra que es fruto del estudio de uno o de reducidísimo número de hombres, verificado muchas veces en condi-

[1] Correa Bravo, ob. cit., p. 12.

ciones de urgencia y en medio de la indiferencia de los demás. Sabidos son los procedimientos de las Comisiones Mixtas de Presupuestos que informan al Congreso sobre el proyecto presentado por el Gobierno y la incuria y poca atención con que se estudian y resuelven por la gran masa de sus miembros los asuntos de mayor interés público. El incorporar un reglamento de la clase en referencia es las más de las veces obra de uno solo, realizada ante la despreocupación de los demás. Posteriormente ambas Cámaras aprueban en general lo que les llega informado por su Comisión y si alguno de sus individuos intenta en ciertas ocasiones alterar la adopción de un proyecto de esta suerte a medio aprobar, las dificultades reglamentarias le salen al través y por no embarazar la aprobación de una partida de interés público transige y acepta la incorporación de tal o cual decreto, que lleve en sí la idea de una nueva legislación, real y positiva. Podrá argumentarse, que de todos modos se legisla, y que el Congreso al prestar su aprobación a un decreto de ese género, aprobación consciente y deliberada, ha manifestado su clara intención de convertir en imperativas para todos, normas que en el estado de simple decreto, eran forzosas sólo para el personal de funcionarios de la administración. Argumento es éste más especioso que real y que la crítica destruye. La legislación es obra que nace y crece de conformidad con preceptos constitucionales de un nivel superior que se confunde con los principios del derecho público; un complicado mecanismo funciona para que los delegatarios de la voluntad soberana puedan y deban estudiar con pleno conocimiento, en conjunto y en detalle, el todo o una parte de un proyecto de ley, puedan aceptar o rechazar el total o una parcialidad de él, y nada de esto se verifica en la forma de legislar, objeto de la presente disquisición. Por otra parte, la ley anual de Presupuestos, es solo ley de gastos, es una especie de contabilidad o cuadro esquemático de las necesidades nacionales traducidas en cifras y no el lugar a propósito para insertar de la manera indicada, nuevas normas de derecho, ni mucho menos para enervar o derogar leyes anteriores que tienen toda la majestad y el valor jurídico que les presta su origen constitucional. Parécenos, pues, sin lugar a dudas, que los tribunales de justicia no podrían dentro de su elevada misión aplicar estos decretos con fuerza de ley, incorporados a las leyes anuales de presupuestos, si ellos contuvieran normas de derecho contrapuestas a otras anteriores que han tenido como fuentes disposiciones de leyes propiamente tales; dejando establecido que no podría regir este rigor con aquellos reglamentos incorporados que no contravinieran a tales normas. Proceder de otro modo sería entregar la hacienda y los derechos de los individuos a la ligereza parlamentaria.

Otro de los modos de delegar sus funciones de que se vale constantemente el Poder Legislativo, consiste en autorizar al Presidente de la República para que de acuerdo con tal o cual consejo o comisión proceda a dictar el correspondiente reglamento. Si en realidad aparece visible la delegación, tales reglamentos deben ser modificados por la vía legislativa; en caso contrario podrán serlo con la colaboración del consejo del Presidente, es decir, de las entidades que los engendraron.

Dentro de este segundo género de reglamentos que estudiamos—en que la delegación legislativa aparece ora palpable, ora subentendida—cabe cierta clasificación que atiende menos al valor intrínseco que al objeto que persigue y al modo como se ejercita.

Siguiendo en este particular al profesor Pisanelli, de la Universidad de Roma, podemos distinguir las siguientes variedades:[1]

(a) La ley puede autorizar al Gobierno para dictar una norma excepcional y provisoria;

[1] Pisanelli, obr. cit. p. 197.

(*b*) La ley que autoriza al Gobierno para dictar normas estables que pueda llegar a constituir normas fundamentales del derecho nacional sobre una materia dada; y

(*c*) La ley anulando los efectos de las normas jurídicas ya establecidas puede constituir por medio del reglamento una determinada esfera en que se ejercita la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Su respectivo valor jurídico.—Conocidos y estudiados los principales tipos o ejemplos de reglamentos, que los otros que pueden presentarse no son más que variedades de las especies ya examinadas, y diversificados todos en los dos géneros enunciados al comienzo del párrafo anterior, réstanos considerar con mayor detenimiento, el aspecto particular de su respectiva fuerza obligatoria.

Después de lo expuesto, queda fuera de duda el ningún valor que para los tribunales de justicia tienen los reglamentos del Ejecutivo expedidos para surtir efectos dentro de los límites de la Administración, cuando obligan sólo a su personal jerarquizado; pero distinta deberá ser la actitud, si los reglamentos administrativos surten efectos ante terceros o establecen relaciones entre la Administración y los particulares, susceptibles de regularizarse por la vía reglamentaria. Es menester recordar que ya la ley, de manera permanente y general, autoriza al Poder Ejecutivo para crear normas de derecho y constituir, por decirlo así, todo un sistema que debe incorporarse en el derecho positivo. Valgan por ahora las siguientes citas:

El fisco, las municipalidades y otras corporaciones o fundaciones de derecho público se rigen por leyes y *reglamentos* especiales;[1]

Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están *sujetos a reglamentos particulares*, y EN LO QUE NO ESTUVIEREN, a las disposiciones del título respectivo del Código Civil;[2]

El uso y goce que corresponde a los particulares en los bienes nacionales de uso público, están sujetos a las disposiciones del Código Civil y a las *ordenanzas generales o locales* que sobre la materia se promulguen;[3]

No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u *ordenanzas* respectivas;[4]

Las leyes y *ordenanzas* respectivas establecen las penas en que incurren los capitanes de barcos que toquen en la playa sin sujeción a lo que ellas prescriban;[5]

Los *reglamentos fiscales* priman sobre las disposiciones del Código Civil para los casos de naufragios en lo concerniente a la internación de las especies;[6]

Bastaría recordar las precitadas disposiciones para comprender cuan descaminados andan quienes sostienen que los tribunales de justicia deben ceñirse en sus fallos sólo a lo que mandan las leyes y no a lo que también, en su caso, puedan prescribir los reglamentos emanados de una competencia legal determinada. Son ellas, evidente ejemplo de delegación de facultades autorizadas por ley tan importante y permanente como el Código Civil, a las cuales puede agregarse el Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces originado en otro de sus artículos. Desconocer la fuerza de estos reglamentos, es igual a desconocer el valor del texto mismo del Código Civil, es hacer letra muerta de preceptos tan claramente expresados, es ir más allá de lo que el legislador quiso, desde que voluntariamente él mismo, como ve en alguno de los ejemplos invocados, pospone el valor del Código al precepto del reglamento. Semejante actitud opuesta a la potestad reglamentaria, cuyo origen constitucional e imperio hemos estudiado, no tiene otra excusa bastante a explicársela que la siguiente:

---

[1] Código Civil, art. 547.
[2] Ibid., 1828.
[3] Ibid., art. 598.
[4] Ibid., 603.
[5] Ibid., 604.
[6] Ibid., 639.

Entre nosotros, por razones que no es del caso señalar en esta oportunidad, ha dominado sin contrapeso la afición y estudio de los asuntos jurídicos de derecho privado o civil, como en el extranjero alguien con acuciosidad lo ha anotado, estimándose que los que tienen por objeto y mira el derecho público carecen de interés jurídico y merecen solamente la atención de los políticos y sociólogos. Error lamentable es éste, que ha dado crecimiento a una enorme literatura *civilista*, si se nos permite el vocablo, con desmedro de nuestra reducida literatura política; en cuyas elucubraciones tan escasos ingenios se han ocupado y distinguido, y que en otros países, como Argentina para no ir más lejos, a desemejanza de Chile, es manantial fecundo de una riquísima y variada producción intelectual. Esta falsa concepción, nos ha llevado a reconocer carácter jurídico únicamente a las relaciones de derecho civil y a aplicar esta rama del derecho como si fuera la única, tomando la parte por el todo; sometiendo el Estado en sus relaciones con los particulares al derecho civil, que no ha sido creado sino para regir las relaciones de los individuos entre sí.

Sirva lo que hemos expuesto para comprender porqué el reglamento merece una importancia mayor de la que hasta ahora le hemos atribuido, y porqué encierra cierto valor jurídico, cuando se dicta en las debidas condiciones de legalidad.

Para apreciar la validez de los reglamentos como fuentes de derecho, es menester considerar:

1°. Que el reglamento procede por vía de delegación.

2°. Que cuando procede de las facultades administrativas del Presidente de la República, se ajuste a la ley existente.

3°. Que sea un verdadero reglamento, es decir, que dicte normas de carácter general y no degenere en un acto administrativo que tiene un muy diverso valor jurídico. No hay reglamento sino cuando de las circunstancias se infiere que la autoridad ha tenido la intención de usar de la facultad a ella otorgada de dictar reglas de derecho y esta intención aparece, ora del modo como se publica el reglamento, con la anticipación debida para que pueda ser conocido y obedecido; ya de la forma como ha sido redactado, ya del nombre con que se le designa, por ejemplo, llamándole reglamento; y finalmente ya de su propio contenido.[1]

4°. Que existiendo delegación legislativa, obre el Ejecutivo dentro de la esfera de competencia que las leyes en general le señalen o la particular ley que autoriza de modo expreso o tácito la delegación. Con mucha propiedad ha dicho a este respecto un distinguido publicista italiano que también, cuando el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas por expresa delegación del Parlamento, corresponde a los tribunales inquirir si los actos de aquél se ajustan o no a la delegación que recibió, y no deben reconocer su autoridad cuando haya en ellos exceso de atribuciones respecto al mandato cierto y determinado. Ocioso será decir que en tal caso, de los excesos y abusos del poder el gobierno responde ante el Parlamento y no ante la autoridad judicial, pero la disposición o acto del Poder Ejecutivo que en el ejercicio de la función legislativa se excedió de los límites del mandato expreso y bien determinado, no tiene autoridad ninguna ante los tribunales, porque aquel acto es arbitrario, como que es dictado fuera de los límites de la propia competencia. Si al Poder Ejecutivo le hubieran conferido poderes excepcionales y de ellos abusara, por evidente y grave que fuera el abuso, los tribunales no podrían desconocer la autoridad y eficacia legislativa de las disposiciones del Gobierno en tanto que perduraran dichos poderes excepcionales. Al Parlamento correspondería únicamente, deslindar y perseguir las responsabilidades.[2] Pero mientras esto no occurra, los

[1] Mayer, ob. cit., p. 161.
[2] P. Fiore, De la irretroactividad de las leyes, trad. del it. p. 187 y siguientes.

tribunales deben examinar el título en virtud del cual se expide el reglamento y cerciorarse de si lo dispuesto en él no se excede de la competencia que la ley señala al Ejecutivo.

Siguiendo paso a paso las diversas clases de reglamento hemos arribado ahora al examen de la cuestión principal, a saber, cuáles son los reglamentos que obligan a los tribunales a considerarlos como fuente de derecho. De lo visto en las páginas anteriores se desprende claramente que si el Presidente procede como Administrador del Estado, en uso de sus facultades generales de que al respecto le inviste la Constitución, liga sólo por medio del reglamento a sus subordinados jerarquizados y a terceros en cuanto no crea nuevas normas sino establece medios para aplicar las ya existentes; y que si dicho mandatario, valiéndose de la potestad reglamentaria, crea nuevas normas de derecho, ha de estar precisa y necesariamente autorizado para ello por delegación que de sus facultades legislativas le haya hecho el Congreso, tácita o explícitamente. Si la delegación se patentiza de una u otra manera, no hay lugar a dudas ni a discrepancias de criterio; no queda más que someterse a los dictados de la nueva norma y sujetar a ella los fallos judiciales, puesto que al fin y al cabo, no es el Poder Ejecutivo, sino el mismo Poder Legislativo quien da la norma o la autorización para que ésta se dicte. Cuando la delegación es expresa, terminante y precisa, no hay siquiera ni motivo para estudio; pero diverso es el caso cuando la delegación está subentendida, cuando aparece ambigua o cuando sólo hay margen para presumirla. En esta eventualidad, la solución del problema se reduce a encontrar un medio que sirva en la investigación del asunto al modo como los reactivos de que usa la química accionan para acusar la presencia o ausencia de algún cuerpo o si los elementos están combinados de manera que sean eficaces. Y este medio lo hallamos en lo que ya llevamos recorrido. Hemos visto como el Presidente ha aprobado reglamentos cuyos preceptos no ha podido después alterar por sí mismo y que cuando así lo ha hecho los tribunales han negado la validez del acto; y también hemos considerado el caso de reglamentos, verbi gracia, la Ordenanza General de Correos, modificados después de promulgados, no por obra del Poder Ejecutivo, sino por medio de leyes emanadas del Poder Ligislativo. En los ejemplos que sirven para nuestra investigación vemos que la irrevocabilidad del acto asoma como el elemento que señala el carácter de la delegación. Y huelgan las razones para justificar esta manera de raciocinar y las conclusiones a que arribamos. Con fundamento indiscutible ha dicho el profesor Pisanelli, el eminente catedrático de la Universidad de Roma, que el carácter del reglamento como fuente de derecho se hace visible según sea la autoridad que está llamada a intervenir en la derogación de la disposición reglamentaria. "Si ésta no puede alterarse sino con intervención del Poder Legislativo, tiene fuerza de ley; si puede modificarse o derogarse por la sola intervención del Poder Ejecutivo, no la tiene; debiendo los tribunales de justicia respetarla en el primer caso y no acatarla en el segundo."[1]

Réstanos recordar que ya hemos dejado testimonio de que nuestros tribunales han reconocido prácticamente el valor de esta doctrina.

La potestad reglamentaria en el municipio.—Los tratadistas de derecho público, y sobre todo los escritores alemanes, frecuentemente distinguen una esfera particular de la potestad reglamentaria que incumbe a las personas jurídicas de derecho público, de categoría inferior a la persona del Fisco, como son entre nosotros los municipios, los cuales pueden considerarse, bajo ciertos respectos, como los delegatarios de muchas de las atribuciones del Estado. A esta facultad de dictar reglamentos, especie de legislación de carácter

[1] Pisanelli, ob. cit., p. 197.

secundario y obligatorio, la hacen derivar de la *autonomía*, y las llaman *reglas autónomas de derecho.*[1] Esta *autonomía* es propia sólo de las administraciones independientes, de las *selbstverwaltung* alemanas, del *self-government* inglés o americano.

Ejercen también potestad reglamentaria entre nosotros las Municipalidades a virtud de lo dispuesto en el número 10 del artículo 119 de la Constitución y del 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades, de 22 de diciembre de 1891.[2] Las disposiciones que estas corporaciones acuerdan son u ordenanzas o reglamentos o simples acuerdos. La diferencia entre ordenanzas y reglamentos estriba, no en el objeto sobre que recaen ni en su naturaleza, sino en las diversas sanciones que reciben los infractores de ellas. Así las infracciones de los reglamentos se penan con multa hasta de $40 y las de las ordenanzas con multa desde $41 hasta $60.[3]

Las ordenanzas deben ser aprobadas por la Municipalidad y por el Presidente de la República con audiencia del Consejo de Estado. Las antiguas asambleas de electores, hoy de contribuyentes, creadas por la ley de 1891, tenían facultad para *deliberar* sobre los acuerdos, reglamentos y ordenanzas de la Municipalidad sancionados con multa (art. 86), pero no era necesaria su aprobación para dictar las ordenanzas. Tienen éstas y los reglamentos tal fuerza obligatoria para los habitantes, que los alcaldes por turno mensual ordenan el pago de las multas en que incurren los infractores y pueden decretar el arresto de éstos hasta por cinco días en caso de resistirse al pago, sin perjuicio de la apelación a la justicia civil una vez cumplida la condena.[4]

Constituyen, pues, los reglamentos y ordenanzas una verdadera legislación de carácter secundario y supletorio, porque no pueden disponer de manera general sino a falta de precepto legal y nunca en contraposición a éstos. Tampoco pueden los reglamentos extinguir o alterar derechos patrimoniales existentes, nacidos bajo el imperio de las leyes, ni modificar situaciones contractuales en que figure el mismo municipio, porque si esto puede ser aceptado por algunos y negado por otros respecto del Estado, no cabe asomo de duda respecto del municipio, que aunque es una entidad de derecho público, no existe sino a virtud de la ley, a diferencia del Estado que existe por sí solo, no tiene ninguno de los caracteres de la soberanía que distinguen al Estado y lo suelen a veces colocar sobre el derecho. Dictados en ausencia de preceptos legales, con las formalidades requeridas, sin atentar contra derechos personales o patrimoniales amparados por la ley y dentro de los límites de su competencia, los reglamentos y ordenanzas obligan a los particulares y los tribunales de justicia no pueden, si son expedidos en las condiciones apuntadas, desconocer su fuerza obligatoria.

Reglamentos ilegales y de urgencia dictados en épocas de calamidades públicas.—Pasadas en más o menos rápida revista las diversas clases de reglamentos generalmente aceptados, nos resta estudiar una variedad, que no por ser menos frecuente en su aplicación, y ser su naturaleza extra-legal, no es menos digna de ser prolijamente examinada y clasificada entre sus similares de manifiesta legalidad. Nos referimos a aquellos reglamentos abierta y francamente ilegales que la Administración, bajo el imperio de determinadas circunstancias en todos los tiempos y en todos los países, ha adoptado en resguardo de los más elevados y supremos intereses de la comunidad. Y antes de continuar en el desarrollo sistemático que pensamos dar a esta interesantísima materia,

[1] O. Mayer, obr. cit., t. I, p. 163 y sigts.

[2] Conservamos la numeración de la ley primitiva.

[3] Correa Bravo, obr. cit. p. 278. La ley vigente no da una clasificación exacta de ordenanzas, reglamentos y acuerdos, las que se encuentran con toda precisión en las leyes derogadas de 8 de noviembre de 1854 (art. 103) y de 9 de octubre de 1861.

[4] Arts. 111 a 114 de la ley de 18 de diciembre de 1914.

permítasenos detenernos en la primera objeción que vemos asomar a los labios tal vez de la casi unanimidad de los lectores que nos hayan favorecido con detener su atención en estas líneas. Se nos dirá que en un trabajo de orden jurídico como éste no sienta bien el análisis de asunto que no tiene ninguna vinculación con el derecho, desde que precisamente los reglamentos en que ahora nos ocupamos rompen la estructura jurídica de la sociedad y son ellos mismos una abierta negación del derecho. Reconocemos la exactitud de la observación que no hace más que atestiguar la existencia de un hecho. Pero, como este hecho se ha reptido tantas veces en la historia y ha de continuar reapareciendo en sus anales mientras los hombres sean lo que son; y tiene siempre transcendencias de índole jurídica, contra sus autores y no pocas veces contra terceros que han permanecido extraños a su génesis, el negar su existencia como innovador de situaciones jurídicas, sería como remedar la actitud de aquellos sabios que se empecinaban en no reconocer un nuevo cuerpo recientemente caído sobre la superficie del planeta, porque de su existencia no daban noticias los catálogos con anterioridad elaborados en los textos de Química. En realidad estos reglamentos no son conformes al derecho, pero lo alteran a veces sustancialmente. De aquí la razón de nuestro estudio.

Al publicarse estas páginas en otro país, en que el Código Civil no se haya metido tanto como entre nosotros en la conciencia jurídica nacional y no sea el único criterio de derecho, habría estado de más lo dicho. De aquí la razón de esa explicación dada *a priori*.

A terminar la breve reseña histórica con que precedemos el tratamiento sistemático de este asunto tuvimos oportunidad de insinuar que en Italia se llama "ordenanza de urgencia" la que dicta el rey en vista de circunstancias excepcionales que no han podido ser previstas por la legislación del reino y que tienden a conservar el orden social y régimen existentes. Vimos, también, cual es, según sus escritores, la fuente constitucional de esta variedad de la potestad reglamentaria y el argumento de orden histórico que justifica su existencia. En puridad de verdad, no encontramos en nuestro régimen constitucional y legal precepto alguno en que pudiera fundarse el Presidente de la República o uno de los Gobernadores de Departamento, sus subordinados, para dictar semejantes reglamentos u ordenanzas. Ni tampoco existe, como en la génesis de la Constitución italiana que hemos relatado, ningún hecho que de otra suerte vindicara al gobernante que tal cosa hiciera. Carencia de análoga disposición se nota en la Constitución de los Estados Unidos, de Inglaterra (hablamos de su derecho público) y de muchos otros países al igual del nuestro de hecho y de derecho legalmente organizados. Ocioso es decir que, como punto de unión y término de comparación, no nos referiremos a aquellas naciones que no han alcanzado todavía esa madurez en sus instituciones jurídicas y políticas de que sin falsa modestia podemos enorgullecernos; y que relacionaremos lo aseverado únicamente con lo que pasa en pueblos que viven en sólido régimen de derecho y de libertad, de plenas garantías y que pueden soportar, en igualdad de condiciones, una justa comparación al respecto. Empero, a pesar de la ausencia de esta suerte de disposiciones constitucionales o legales, el gobierno inglés en muchas ocasiones y el de Estados Unidos en menor número, al igual del de otros países, ha usado de medios extra-legales cuando las necesidades públicas así lo requirieron. Y llévese debida cuenta de que las dos naciones que más han influído en la historia constitucional y política del orbe entero, aunque con diferencias sustanciales en los métodos por una y otra preconizados, han incurrido en la adoptación de esta clase de medidas excepcionales, usando de la potestad reglamentaria ora el Jefe del Ejecutivo o ya alguno de sus delegatarios en el mando.

En la existencia de los pueblos se producen a veces condiciones de franca anormalidad en que todo el orden vigente se trastorna y en que los esenciales principios del derecho antes tan sólidamente establecidos se ven desconocidos y amagados; la vida, garantizada por las leyes, queda expuesta a perderse a manos de elementos surgidos de los más bajos antros sociales, y los audaces, los seres sin Dios ni ley, y todos los malvados que lucen sus instintos con ocasión de las grandes calamidades públicas, se enseñorean de la situación y en desenfrenada carrera, roban y pillan y matan y trastornan y demuelen e incendian y arrasan con todo lo que ha tardado siglos en formarse y organizarse para llegar a constituir el orden social contemporáneo. En no pocas ocasiones a esta gran mudanza de lo existente ha precedido un gran cataclismo o un profundo trastorno en los elementos naturales; y ya es un gran incendio que voraz arrasa barrios o ciudades enteras, o es el mar el que destruye poblaciones, o un río que sale de madre e inunda una comarca, sembrando la desolación y la muerte, o la tierra misma la que tiembla y sacude y derriba cuanto sobre ella existe. Y no es esto producto de la fantasía, que allí está para no desmentirnos vivo el recuerdo de lo que han sido calamidades de este orden producidas por salidas del mar en Java; los terremotos de Lisboa, Caracas, San Francisco, Valparaíso, Sicilia; las inundaciones del Misisipi; las huelgas de Chicago y de Liverpool y otras innumerables de contar.

¿Habrá alguien capaz de sostener que en circunstancias como éstas, pueda la Administración Pública, quien quiera que sea el que en el momento la ejerza, no adoptar rápidamente, sin la menor dilación, las diligencias que procedan por dudosa que sea su legalidad? Las leyes han sido hechas para la vida normal; pero cuando todo es anormal y hasta los elementos mismos de la naturaleza se presentan en forma que no ha sido contemplada por los legisladores . . . vuelve a imponerse la vigencia del principio romano, nacido y vigorizado en el pueblo de la vida jurídica por excelencia; principio que es un *axioma de derecho* (porque no lo es de la mecánica, ni de la química ni otra ciencia parecida), principio trasplantado a todas las naciones de la tierra: *Salus populi suprema lex est.* A manera de curiosidad consignamos que este aforismo es el mote del escudo, en el Estado de Luisiana, en la democrática República del Norte. Se dirá que la Constitución no encierra en ninguno de sus preceptos tal norma de derecho; pero a tal objeción podríamos responder que no es posible excluir del derecho público la aplicación de los mismos métodos en boga en el derecho civil. Por ejemplo, diluido en sinnúmero de disposiciones de los códigos modernos, se halla el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. No hay estudiante de derecho que desconozca su gran valor jurídico; y, sin embargo, no se inserta en los códigos ningún artículo que expresamente lo consigne.

En cambio, si no aparece de manifiesto y campeando por sí sólo, encuéntrase difundido en un centenar de disposiciones que comprueban su inadvertida existencia; y no es un caso raro el de que una resolución de los tribunales se funde exclusivamente en la existencia de este principio de derecho, que, como hemos dicho, no ha recibido lugar único en los códigos más recientes. De igual modo el aforismo romano, *salus populi*, etc., no se encarna en ningún artículo de la Constitución, pero está latente, puede decirse, en todas sus disposiciones y es el principio vivificador que las anima, al cual deben su existencia y el único justificativo de su razón de ser.

Pero, la ciencia del derecho y la jurisprudencia, no han permanecido indiferentes ante la realidad de los hechos y de los actos reglamentarios o simplemente administrativos de carácter particular, emanados de los gobiernos que se han visto precisados a dictarlos, y trata de formar un sistema de algo que hasta ahora se ha producido aisladamente. En esto no hace más que seguir el camino

ordinario que recorren las ideas jurídicas, que tienen una existencia en la conciencia colectiva y en la vida real antes de que sean sintetizadas y oficialmente promulgadas por las constituciones y las leyes, al igual de las palabras de un idioma, que son tales aunque no figuran en el diccionario y son usadas primero por el pueblo que se rige por ellas en sus mutuas relaciones y sólo después de consagradas en el hecho, son recibidas en los léxicos.

El sabio profesor Korkounow, de la Universidad de San Petersburgo, en una obra clásica y traducida a los principales idiomas modernos, dice a este respecto textualmente: "Esta regla (la de que el reglamento no puede derogar una ley) sufre una excepción cuando está de por medio la seguridad del Estado y es imposible usar la vía legislativa. En tales circunstancias el gobierno puede dictar un decreto que contradiga a una ley, pero los ministros se hacen responsables de ello ante el Parlamento." [1] La Corte de Casación de Roma, al conocer de los defectos de uno de esos decretos anti-legales del Gobierno, dictado con motivo de un trastorno público, expresó muy felizmente en uno de los considerandos de la sentencia la necesidad de la medida, al decir "*una invincible necessitá di fatto la quale diventa suprema regione di diritto.*" [2] En relación con este caso, el profesor Pisanelli sostiene que la justicia puede no reconocer los decretos que supriman o deroguen las leyes u ordenen medidas ilegales, a menos que estas medidas reciban sanción legislativa *a posteriori;* pero esto no implica desconocimiento de la necesidad, a veces imperiosa, que justifica la adopción de esas medidas. Agrega que hay momentos en la vida del Estado que dan toda fuerza al aforismo *salus publica suprema lex est*, en los cuales no pueden aplicarse los principios o normas legales generales "adecuados para un orden normal fisiológico *cuando se trata de un caso grave de patología quirúrgica.*" [3]

Uno de los más esclarecidos tratadistas contemporáneos de derecho público, el jurisconsulto inglés Dicey, se expresa en estos términos: "Hay épocas de trastornos o de invasión, durante las cuales, *para la seguridad de la misma, las reglas contenidas en la ley deben ser violadas.* El camino que en esos casos debe seguir el Gobierno está del todo trazado de antemano: el Ministerio (The Cabinet) puede violar la ley y acogerse para su resguardo a una ley de indemnidad (*act of indemnity*), una ley de este género es el ejercicio supremo de la soberanía parlamentaria: legaliza la ilegalidad." Agrega dicho autor que, "siempre debe recurrir a este procedimiento, en una u otra forma, en las emergencias críticas, el gobierno de todo país civilizado." [4] La ley de indemnidad es reclamada por la actitud que pueden asumir los particulares perjudicados por los actos ilegales del Gobierno, quienes llevarían ante los tribunales a los autores de la medida y persiguirían su responsabilidad personal por las consecuencias de actos ejecutados fuera de su competencia.

"Un *act of indemnity* es una ley, cuyo objeto es legalizar una operación que en el momento de ser ejecutada era ilegal, o bien tiene por fin descargar la responsabilidad que pudiera afectar a ciertos individuos y en que pudieran haber incurrido en razón de la violación de una ley." [5]

"Una ley (act) de indemnidad, aunque sanciona la legalización de una ilegalidad, es en sí misma ley. Existe, pues, en su carácter esencial algo muy diferente de la proclamación de la ley marcial, del establecimiento del estado de sitio o de todo otro procedimiento por el cual el gobierno ejecutivo suspende, por propia voluntad, el ejercicio de la ley del país.

---

[1] Korkounow, Théorie générale du droit, trd. fr. París, 1903, p. 468.
[2] Pisanelli, obr. cit., p. 178.
[3] Ibid., p. 193.
[4] Dicey, Rapport entre le droit et l'opinion publique en Angleterre, trad. fr. París, 1906.
[5] Ibid., p. 44.

"Es, sin duda, el ejercicio del poder abitrario soberano, pero allí donde el soberano legal es una asamblea parlamentaria. (refiriéndose al Parlamento inglés) los actos mismos del Estado, adoptan la forma de la legislación regular, y este hecho, por sí solo, asegura de manera respetable, la real y no menos aparente supremacía de ley." [1]

En Prusia, país modelo de organización administrativa y en donde todo está previsto por la ley, hay ordenanzas de urgencia (*Notverordnungen*) autorizadas de manera expresa por la Constitución en su artículo 63: "Solamente en casos que así lo exijan el mantenimiento de la seguridad pública o el alivio urgente de desgracias extraordinarias, se pueden dictar, bajo la responsabilidad solidaria de los Ministros de Estado, ordenanzas que tengan fuerza de ley, siempre que no sean opuestas a la Constitución y que no se encuentre reunido el Parlamento." [2]

Pero sea que emane un reglamento de esta especie de disposición expresa de la Constitución, sea que arranque solo de la obligación natural y superior impuesta a todo Gobierno de conservar el orden social, la propiedad y vida de sus ciudadanos, no hay poder público, ni depositario de una mínima parte de éste, que en las emergencias apuntadas se inhiba de dictar medidas ilegales de carácter general o particular tendientes a la prosecución de esos sagrados fines a pretexto de carencia de preceptos legales que autoricen su proceder. ¿Qué responsabilidad moral y administrativa no habría caído sobre las autoridades de San Francisco de California y de Valparaíso, si en medio de las ruinas que produjeron en ambas ciudades los terremotos de 1906, se hubieran cruzado de brazos en espera de la promulgación de una ley especial que los hubiera autorizado para proceder dictatorialmente como las circunstancias lo exigían, y en vez de fusilar a los delincuentes después de breve sumario, hubieran esperado para ello que se fallaran éstos en todas sus instancias y ajustándose al procedimiento judicial ordinario?

Hoy, veinte siglos pasados desde que el pueblo romano llegó al apogeo de su grandeza, el aforismo *salus populi* tiene el mismo, sino mayor valor jurídico ante la conciencia universal.

BIBLIOGRAFÍA.

Entre muchos otros sobre esta materia pueden consultarse:

Moreau, Le reglement administratif, número 110, 1902.—*Balakowski-Petit*, La Loi et l'Ordonnance dans les pays qui ne reconnaissent pas le separation de pouvoirs.—*Cahen*, La Loi et le Reglement, p. 220.—Berthélemy, Le Pouvoir Reglementaire du President de la Republique (Revue Politique et Parlamaintaire, 1898).—*Santi-Romano*, L'Interpretazione delle Leggi di Diritto Pubblico (Filangieri, 1899).—*Orlando*, Le Fonti del Diritto Administrativo, en su Tratatto, t. I.—*Jellinek*, Gesetz u. Verordnung, 1887.—*Codacci-Pisanelli*, Legge e Recolamento, 1888.—*Cammeo*, Della manifestazione della volonta dello Stato nel campo del Diritto Amministrativo, en el tratado de Orlando, t. III.—*Arndt*, Das Selbstandige Verordnungsrecht, 1902.—*Esmein*, De la Delegation du Pouvoir Legislatif (Rev. Polit. et Parlam. 1894).—*Graux*, Les Lois et les Reglements d'Administration (Rev. Nolit. et Parlam. 1899).—*Raiga*, Le Pouvoir Reglementaire du President de la Republique, 1900, p. 84.—*Duguit*, L'Etat; t. I; Le Droit Objectif et la Loi Positive, 1901, p. 508.—*Bouvier et Jéze*, La Veritable fonction de la Loi (Rev. de la Legislation et de Jurispr., 1897).—*Artur*, La Separation des Pouvoirs et des Fonctions (Rev. de Droit Public,

---

[1] Dicey, Rapport entre le droit et l'opinion publique en Angleterre, trad. fr. Paris, 1906.

[2] Gerlach James, Principles of Prussian administration. New York, Macmillan, ed. 1913, p. 156.

1900).—*Leroy*, La Loi, Paris, 1908, cap. IV.—*Laferriere*, Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux, 2 tt.

Entre las obras generales de Derecho Administrativo:

Hauriou, Precis de Droit Administratif, 3.ª ed. p. 40.—*Macarel*, Cours de Droit Administratif, 2.ª ed., t. IV, p. 395.—*Batbie*, Traité Public et Administratif, 1862, t. III, p. 443.—*Dufour*, Traité General de Droit Administratif apliqué (N.º 63).—*Berthelemy*, Traité Elementaire de Droit Administratif, 1913, 7.ª ed., p. 96 y sigtes.—*Meyer*, Lehrbuch d. Deutschen Staatsrecht, párrafos 159, 160 y 161.—*Auschütz*, en la enciclopedia de Holtzendorff. Encyklopaedia der Rechtwissenschaft, párrafo 40.—*Holtzendorff*, en la misma, p. 603.—*Meyer-Auschütz*, Deutsches Staatsrecht, p. 571 y siguientes.—*G. Meyer*, Deutsches Verwaltungsrecht, p. 8.—*O. Mayer*, Le Droit Administratif Allemand, ed. francesa por el mismo autor, 1903, Giard & Briere, eds., t. I, p. 102 y siguientes.—*H. Gerlach James*, Principles of Prussian Administration, Macmillan, New York, 1913, cap. IV.—*Santi-Romano*, Principii di Diritto Amministrativo Italiano, Milan, 1906, p. 18 y sigts.—*A. Posada*, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1897, t. I, cap. III.

The CHAIRMAN. Before adjourning I shall ask that the following papers be read by title:

La proporcionalidad en la representación de las democracias.—Los diferentes sistemas de sufragio, sus cualidades y defectos teóricos y prácticos, by José Maza.

Conveniencia de uma cadeira de sociologia no curso de direito, by Reynaldo Porchat.

LA PROPORCIONALIDAD EN LA REPRESENTACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS.—LOS DIFERENTES SISTEMAS DE SUFRAGIO, SUS CUALIDADES Y DEFECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS.

Por JOSÉ MAZA,
Abogado del Foro Chileno.

INTRODUCCIÓN.

I.

Importancia y actualidad de la materia en estudio.

Hay materias de tanto interés y de tal trascendencia para la vida colectiva de las democracias que su estudio y dilucidación no es abandonado únicamente a los debates de los Congresos políticos, a menudo partidaristas y a veces mezquinos, sino que por el contrario, son ellas analizadas por toda opinión consciente, por escritores y pensadores, por medio de la prensa y del libro. De este modo, al través del tiempo, del estudio y de la investigación asíduos se consigue formar un ambiente favorable a reformas necesarias y se llega a encontrar una resultante que viene a ser la expresión fiel del anhelo general del país entero.

La "Cuestión Electoral" y, dentro de ella, la adopción de un sistema de sufragio conveniente, es una de las cosas que más interesan y más preocupan a las naciones de gobierno representativo, puesto que de la bondad de la ley que se dicte y de la eficacia del sistema que se elija, depende el que los

poderes públicos en que el ejercicio de la soberanía popular se delega, sean o no sean un reflejo exacto de las opiniones existentes en el país.

En verdad, pocas cosas hay, hoy por hoy, que provoquen más interesantes discusiones y que preocupen a mayor número de pensadores y de publicistas. Las opiniones, dispersas en un principio, se van uniformando ya y actualmente el problema se reduce a asegurar por buenas leyes la independencia del elector y el respeto de la voluntad manifestada por medio del voto, y a dilucidar cuál de los diversos sistemas de sufragio garantiza, junto con su practicabilidad, el medio más seguro para que lleguen a estar representadas en las cámaras las diversas opiniones existentes en la nación, de un modo proporcional a la mayor o menor fuerza con que les favorezcan los electores.

II.

El por qué de esa importancia y actualidad de la materia en estudio.

Son obvias las razones que justifican y explican la grande importancia que tiene el estudio y la solucion de la cuestión electoral. Desde luego, cada día es más cierto el convencimiento de que es necesario hacer efectivos dos hechos, que en otro tiempo fueron negados:

Primero, que en las Cámaras deben estar proporcionalmente representadas en relación a sus fuerzas respectivas todas las opiniones del país, puesto que, como lo dijo Lastarria,[1] en una elección no se va, en último término, a decidir quienes serán los elegidos sino va a *votarse* para saber quienes reúnen la cuota suficiente para tener derecho a estar representados. En otros términos, no se va a ejercer un *derecho de decisión* sino un *derecho de representación*. El derecho de decisión corresponde a aquellos que, en nombre del pueblo, han sido llamados al *ejercicio de la soberanía.*

Y segundo, que mientras no se adopte un sistema de sufragio conveniente, que garantice esa proporcionalidad en la representación, las elecciones no podrán dar jamás un resultado equitativo y justiciero.

Por otra parte, las deficiencias de las legislaciones electorales existentes y también, en parte no pequeña, la generalizada creencia de que la honradez política no pasa de ser una simple quijotería, ha hecho que las cosas se vayan extremando y que la campaña en pro del respeto y de la libre manifestación de la voluntad popular se active de día en día.

Hay, además, otro hecho que viene a explicar hasta la evidencia el por qué de la agitación de la opinión pública alrededor de esta cuestión.

Pasa con los parlamentos, pero en escala infinitamente mayor, lo que con muchos administradores de bienes de menores o de comunidades: se habitúan de tal manera a sacar el mayor provecho posible de su situación y a gozar de los usufructos y ganancias que al poco tiempo, y por una evolución tan humana como censurable, llegan al convencimiento, a veces sincero, de que no son ellos los obligados a administrar y vigilar en bien de sus representados sino que son sus representados los que deben procurar su bienestar y comodidad.

De la misma manera las Cámaras legislativas, que según la más sana teoría del derecho público deberían preocuparse exclusivamente del bien del pueblo y del país que los elige, procurándole en lo posible su felicidad, dando justa acogida y seguridad a sus derechos y convirtiendo en leyes sus aspiraciones progresistas, en la práctica, ofuscadas por la serie de intereses creados y arraigados a las combinaciones políticas existentes y dominantes, antes de aceptar una reforma y antes de dar un paso de adelanto se pesan y discuten con suma extensión, no si la reforma es justa ni si la ley conviene para el bienestar

[1] "Lecciones de Política Positiva."

del pueblo, sino, especialmente, si esa reforma o esa ley daña la situación política creada o perjudica los intereses arraigados de un partido o de un grupo de individuos.

En la inmensa mayoría de los casos no son los Parlamentos los que están pendientes de adoptar las medidas que al pueblo interesan sino que es el pueblo el que va arrancando poco a poco concesiones de los Parlamentos.

En Bélgica, por ejemplo, país que marcha a la cabeza en materias electorales, fué necesario una ruda campaña para que llegase a adoptarse el sistema del común divisor de Víctor d'Hondt, que estudiaremos oportunamente. Y la propaganda estuvo tan bien organizada que se formó una "Asociación Reformista" encargada de hacer ambiente a la reforma, y que logró completo éxito después de muchos años de asiduo trabajo.

III.

Factores que influyen en la corrección electoral. Necesidad de adoptar un sistema de sufragio que asegure la equidad y proporcionalidad en la representación.

En el párrafo anterior hice una afirmación que quizás pueda prestarse a interpretaciones erróneas. Mientras no se adopte un sistema de sufragio conveniente, dije, que garantice la proporcionalidad en la representación, las elecciones no podrán dar un resultado equitativo y justiciero.

No quiere esto decir que baste adoptar un sistema de sufragio perfecto para asegurar la corrección electoral. Nó. La corrección electoral y la moralidad electoral dependen de múltiples factores. El buen sistema de sufragio es una, quizás la más importante, de las numerosas causas que tienden a producir esa corrección y moralidad.

El mecanismo electoral es algo así como una máquina trilladora, por ejemplo. La máquina puede funcionar muy bien, pero si no tiene un buen harnero que separe al trigo del *ballico* y un ventilador que aparte a éstos del *capotillo*, haciéndolos salir por conductos separados, de poco sirve que todas las demás partes de la máquina funcionen bien, en todo caso la trilla será mala: el trigo con mucho ballico deja de ser trigo, y con mucho capotillo deja de ser ballico.

Pues bien, el buen sistema de sufragio es al mecanismo electoral lo que el harnero y el ventilador a la máquina trilladora. Si el sistema electoral no es conveniente los buenos y los malos candidatos salen revueltos por el mismo conducto: el ballico y el trigo se confunden lastimosamente.

Sin embargo, estos principios que aplicados a la mecánica resultan tan claros y comprensibles, aplicados a la ciencia política se oscurecen y se confunden para muchos. Y, a pesar de todo, los principios de la mecánica y los de la política tienen más puntos de contacto y más leyes análogas de lo que generalmente se cree.

La buena división territorial, para que los intereses característicos de cada región tengan sus representantes; la independencia del Poder Electoral, para que en la generación de las juntas inscriptoras o receptoras no entre la influencia perniciosa del partidarismo y de las mezquindades personales; la bondad de los Registros Electorales, para que los muertos descansen en paz y los vivos ocupen el lugar que les corresponde; la seriedad de las Juntas Receptoras de sufragios, para que no se permitan ni suplantaciones ni fraudes; la reducción de las Mesas y su instalación en lugares convenientes, para facilitar la fiscalización y supervigilancia; la penalidad del cohecho, para hacer comprender por medios contundentes que el voto no es una mercancía; la justicia en la calificación de las elecciones, para que la voluntad manifestada en las urnas no sea falseada posteriormente; la educación cívica de la masa sufragante, para

que se tenga conciencia de que el acto electoral es el único en que dentro de la vida democrática la pretendida soberanía popular se manifiesta y que un soberano que se vende o que no se respeta merece más el desprecio que la veneración; y mil otros factores, son otros tantos componentes de aquella máquina que me está sirviendo de comparación, son otras tantas poleas, otras tantas correas conductoras y regularizadoras del movimiento general, otros tantos engranajes, en fin, que contribuyen a que el producto que se elabora resulte perfecto. Una rueda que no funcione, una correa que se corte, un engranaje que se quiebre descompondrá con mayor o con menor perjuicio, según sus funciones respectivas, el mecanismo de aquella maquinaria complicada y colosal, destinada a la fabricación de hermosos productos y que a veces, su mal funcionamiento, suele producir déspotas en vez de mandatarios, negociadores en vez de congresistas, traidores en vez de gobernantes.

No he pretendido asegurar, pues, que con un buen sistema de sufragio vaya a subsanarse todo. Aseguro, eso sí, y no temo equivocarme, que sin un buen sistema de sufragio no puede haber equidad y proporcionalidad completas en la representación, del mismo modo que sin un buen harnero el trigo no puede salir completamente limpio de la máquina trilladora.

Se dice con suma frecuencia que sea cual fuere el régimen o las disposiciones electorales existentes los resultados serán siempre buenos si la ley se respeta y el acto electoral se ejercita con honradez.

Tampoco es esto exacto enteramente. El respeto a la ley y la honradez de procedimientos son sólo factores que contribuyen a la corrección, no son el todo. Voy a demostrarlo. Pero antes de hacerlo precisa advertir que por corrección no debe entenderse sólo el ejercicio correcto del acto electoral en sus diversas etapas; forzoso es también que los resultados sean justicieros, que las mayorías no obtengan menos representantes que los que en justicia les corresponden y que las minorías no queden sin una representación equitativa y proporcional a sus fuerzas sufragantes.

Supongamos una elección honradísima, donde no haya ni fraudes, ni falsificaciones, ni cohecho, ni intervención gubernativa; pero donde sea necesario para ser elegido obtener mayoría absoluta de sufragios, pudiendo el elector votar por tantas personas como representantes corresponda elegir, es decir, donde exista el sistema mayoritario de lista completa. ¿Quiénes serían los elegidos? Los candidatos del partido que obtuviera mayoría de sufragios. Y así tendríamos al partido A, que por reunir esa mayoría obtendría todos los representantes, mientras que el partido B, no obtendría ningún representante. ¿Es ésto equitativo? ¿Es justo, es correcto que 1,001 electores tengan derecho al total de representantes y que 1,000 electores no tengan derecho a ninguno? Sin embargo la elección fué, según lo supusimos, honradísima. Es que el harnero de nuestro ejemplo no es bueno y los granos de trigo de las diversas espigas no son harneados de manera que pase todo el grano que debiera.

Hay que aceptar, en consecuencia, que el buen sistema de sufragio es un rodaje indispensable para que haya representación equitativa, y que el país que desee satisfacer esta sana, esta legítima aspiración democrática debe adoptar un sistema de sufragio que permita, aun más, que asegure en la práctica, no sólo en teoría, esa justa proporcionalidad.

IV.

Objeto y plan del presente estudio.

He procurado en los párrafos anteriores señalar, aunque sea a grandes rasgos, los diversos aspectos que presenta la Cuestión Electoral. En los capítulos que

siguen me individualizaré en el análisis de una sola de esas materias: la que se refiere a los sistemas de sufragio.[1]

Y el motivo de esta especialización tiene causales poderosas. Las opiniones, salvas divergencias de detalle, se uniforman cuando se trata de introducir reformas a los diversos puntos que a la Cuestión Electoral atañen, mientras que se muestran divididas cuando se trata del sistema de sufragio que es conveniente adoptar.

Las razones de que aun no haya acuerdo sobre este particular son obvias, puesto que el grueso del público no ha podido todavía formarse idea cabal de lo que significa un sistema de sufragio y de lo que distingue a unos de otros.

La falta de claridad y la confusión que hay en el público para apreciar y distinguir las bondades de los diferentes sistemas de sufragio, tiene una poderosa razón de ser, pues hasta hace poco no existía un libro ni un folleto, ni estudio en el cual pudiera una persona en poco tiempo formarse idea cabal de ese asunto.[2]

Los artículos de la prensa muchas veces no han hecho otra cosa que complicar la cuestión, y hasta los debates de los Congresos políticos han solido pecar en igual sentido. Los textos sobre derecho público existentes, no estudian la materia con el método y claridad debidos.

Ninguno de esos textos, por otra parte, enumera todos los sistemas existentes. Jorge Huneeus[3] y José Victorino Lastarria[4] estudian de los sistemas minoritarios sólo el de voto acumulativo, el de lista incompleta y el de Hare y Andrae o del cociente electoral; Edmond Villey[5] y A. Esmein[6] estudian sólo los sistemas nombrados y los de listas concurrentes y del común divisor; Vicente Santamaría de Paredes[7] estudia, fuera de los nombrados, al sistema de coeficiente; Nicolás Saripolos,[8] que es el más completo, ni siquiera nombra al sistema de coeficiente, y ninguno de ellos se toma la molestia de clasificarlos y presentarlos así de un modo más comprensible, excepto Saripolos que señala una clasificación muy general de los sistemas minoritarios, y excepto Adolfo Posada,[9] que en esta cuestión resume en gran parte a Saripolos.

La pretensión de este trabajo, como se habrá deducido ya, es precisamente llenar en lo posible ese vacío que se nota, presentando reunidos en un texto de poco volumen una exposición tan completa como ha sido posible.

---

[1] En ocasiones anteriores he examinado algunos de los aspectos de la Cuestión Electoral:

Discurso pronunciado el domingo 24 de marzo de 1912 en el meeting organizado por la "Federación de Estudiantes de Chile" en pro de la reforma electoral y publicado en los diarios del día siguiente;

Artículo *"La reforma electoral"* publicado en "El Mercurio" de Santiago de Chile del 2 de abril de 1912;

Conferencia: *"¿Cuál de los diferentes sistemas de sufragio debe adoptarse en un país democrático de gobierno parlamentario?"* dictada en la sesión solemne celebrada por el "Centro de Estudiantes de Derecho" en el Salón de Honor de la Universidad de Chile el 19 de octubre de 1912;

Trabajo y conclusiones presentados a la "Segunda Convención de la Juventud Liberal de Chile" celebrada en Chillán en octubre de 1912; y

Libro *"Sistemas de Sufragio y Cuestión Electoral"* (220 páginas), Santiago de Chile, 1913. (Segunda edición.)

[2] En 1913 al publicar mi libro, *"Sistemas de Sufragio y Cuestión Electoral,"* procuré salvar, con ello, esta deficiencia, así como la que se nota en todos los textos de derecho público existentes.

[3] "La Constitución ante el Congreso." Santiago de Chile, 1890.

[4] "Lecciones de política positiva." Santiago de Chile, 1906.

[5] "Législation électorale comparée des principaux pays d'Europe." Paris, 1900.

[6] "Eléments de droit constitutionnel français et comparé." Paris, 1903.

[7] "Curso de Derecho Político." Madrid, 1903.

[8] "La Démocratie et l'Election Proportionnelle." Paris, 1899.

[9] "El Sufragio." Barcelona [sin fecha].

Para hacer más comprensible la materia no me he limitado a la simple enumeración de los sistemas existentes sino que los he clasificado de la mejor y de la más clara manera que he podido. Los estudio primero en grupo y después separadamente; señalo, en primer lugar, los requisitos que deben exigirse a un sistema para que pueda ser considerado como bueno, y, sobre la base de que deben cumplir esas condiciones, que son las que exige una sana democracia, los examino uno por uno llamando malos a los que no cumplen todas las exigencias y señalando como bueno al que las satisface plenamente.

CAPÍTULO PRIMERO.—CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR UN SISTEMA DE SUFRAGIO PERFECTO.

I.

Lo que es un sistema de sufragio, lo que comprende su mecanismo y lo que está fuera de su radio de acción.

Para facilitar la crítica y el análisis de los diferentes sistemas de sufragio, voy a intentar una enumeración de las diversas condiciones que debe reunir y de los diversos requisitos que debe cumplir un sistema de sufragio para que garantice no sólo en teoría sino también en la práctica la equidad, la proporcionalidad y la justicia en la representación.

Pero, en primer lugar, y para evitar confusiones o interpretaciones erradas, es conveniente ponerse de acuerdo respecto a lo que significa la expresión "sistema de sufragio," y respecto de lo que comprende el mecanismo de esos sistemas y de lo que está fuera de su radio de acción.

Para *manifestar* su opinión los ciudadanos activos de un país gozan de la *función* de sufragio; para facilitar la operación del ejercicio de la soberanía nacional y para garantir la representación de las diferentes tendencias se divide el territorio en *colegios electorales*, y para el ejercicio del sufragio se utiliza el *voto*.

Ahora bien ¿cómo hay que considerar, practicar y combinar todo esto para computar los votos, y qué operaciones hay que ejecutar para saber quiénes son los elegidos? He aquí el papel que cumple, he aquí la materia propia de un sistema de sufragio.

El *sistema de sufragio*, pues, soluciona todo cuanto dice relación con las operaciones comprendidas desde la emisión del voto hasta la proclamación de los candidatos.

Están, en consecuencia, fuera de su mecanismo todas las cuestiones que se relacionen con los registros electorales, con las juntas inscriptoras, con las mesas receptoras, con la preparación de la elección, con la capacidad u obligación del ejercicio del sufragio, con la pluralidad o singularidad, publicidad o secreto del voto, etc. Todo esto, junto con lo que comprende el sistema de sufragio y junto con la serie de detalles que vienen a formar en definitiva el Código Electoral, podría llamarse, con propiedad, el *sistema electoral* de un país, de modo que el sistema de sufragio es sólo un componente de ese sistema electoral que no debe confundirse con todo o parte de los demás componentes de ese mismo sistema electoral.

En un sistema de sufragio, después de elegirse entre el voto único o el múltiple a cualesquiera de sus subclases y después de escoger una determinada categoría de colegio electoral, se regla la manera como los votos emitidos se computan para llegar a formar una mayoría determinada. El sistema de voto y el sistema de colegio electoral vienen a ser componentes del sistema de sufragio, así como éste, a su vez no es sino una parte del sistema electoral.

II.

Requisitos que debe cumplir un sistema de sufragio. Sus categorías.

Para calificar de buena o mala una cosa es preciso saber, ante todo, lo que de ella se exige, la función que le corresponde cumplir, los efectos que debe producir. Pocas cosas hay más relativas que el concepto de lo bueno y de lo malo. Un mismo hecho, observado desde puntos de vista diferentes puede ser calificado bueno por unos e inaceptable o perjudicial por otros.

Por eso, y para que al tratarse de los defectos y bondades de los sistemas de sufragio, se contemple siempre el asunto desde el punto de vista en que debe ser considerado, y no haya lugar a que se empleen métodos diferentes para medir las deficiencias o ventajas de los unos o de los otros, voy a intentar una enumeración de los requisitos que debe cumplir un sistema de sufragio para que pueda ser calificado como bueno.

En la enunciación de esos requisitos se tendrán en cuenta únicamente los principios fundamentales y de conveniencia colectiva indiscutibles que en caso de no ser cumplidos o satisfechos vendrían a perjudicar la esencia misma de la representación o vendrían a falsear el resultado perseguido.

Hay intereses de índole diversa que tienen el derecho de exigir del sistema de sufragio ciertas garantías para que no sean perjudicados injustamente en la elección.

Las garantías exigibles, desde luego, pueden ser de carácter general o de carácter especial para ciertos elementos determinados. Estas últimas garantías, a su vez, pueden ser especiales para los electores, especiales para los candidatos y especiales para los partidos políticos, elementos que están vivamente interesados en que la práctica y el resultado de la elección sean justicieros.

III.

Garantías de carácter general.

Un buen sistema de sufragio debe:

1°. "Garantir la proporcionalidad en la representación."

De manera que no queden sin representantes los electores que reúnen fuerzas efectivas para obtenerlos, y de manera que no obtengan algunos mayor o menor número de representantes de los que en realidad les corresponde, para que la composición de las Cámaras venga a ser un reflejo exacto de las opiniones existentes.

2°. "Dificultar en lo posible el cohecho;" y

3°. "Dificultar en lo posible el fraude."

No quiere esto decir que sea del resorte del sistema de sufragio evitar el cohecho o el fraude. Nó. Otras son las disposiciones del Código Electoral que deben tratar especialmente de estas materias. Pero el hecho es que hay sistemas de sufragio que facilitan más que otros el cohecho y el fraude y, naturalmente, en este punto, será más perfecto el sistema que dificulte más la propagación de esas gangrenas del organismo electoral.

Aunque no es mi propósito entrar en detalles acerca de las razones en que se basan y que justifican la exigencia de cada uno de los requisitos que señalo, puesto que ellos o se desprenden lógicamente de las consideraciones hechas con anterioridad o son de tal naturaleza que basta insinuarlos para que sean aceptados sin mayor discusión, no resisto al deseo de trascribir aquí un párrafo de la obra, "*Le suffrage universel dans l'avenir*," de Aubry-Vitet, para justificar ampliamente el primero de los requisitos exigidos en este párrafo a los sistemas de sufragio.

Dice Aubry-Vitet que asegurar la proporcionalidad en la representación no sólo significa otorgar la verdadera representación, sino también realizar una obra de justicia, de paz, de libertad, de verdad y de política, y concluye:

Obra de justicia, porque con ella no hay ciudadanos despojados de su derecho por la tiranía brutal del número. Está consagrada la igualdad suprema y efectiva de los sufragios, y el derecho de todo ciudadano a la representación no tiene otro límite que la necesidad—impuesta por la razón tanto como por la lógica de los hechos—de ser ejercido por un grupo suficiente de voluntades.

Obra de paz, porque en adelante la división del país en dos hordas que se combaten y se detestan no tiene razón de ser. No habrá enemigos que se maten entre sí, vencedores que acaparen y vencidos que se anonadan; habrá ciudadanos que pacífica y amigablemente concurran a ejercer por su cuenta cada uno un derecho sagrado e imprescriptible.

Obra de libertad, porque el elector no se verá arrinconado entre la abdicación completa y el sacrificio de sus preferencias; no tendrá necesidad para existir de ponerse al lado del más fuerte, a precio de sus convicciones y de sus simpatías; le bastará hallar un número suficiente de voluntades que concuerden con la suya; podrá votar con la integridad de su conciencia y de su libertad por el hombre de su opinión, de su elección, de su confianza.

Obra de verdad, porque pudiendo el elector nombrar al mandatario que le agrada más y no al candidato que le desagrade menos, todo partido, todo matiz que cuente cierto número de adherentes, nacidos de su centro y capaces de vivir por sí mismos sin necesidad de una máscara que los ahogue, no tendrá necesidad de someterse a la ley suprema de las coaliciones; y el diputado no será el producto híbrido de una tajada mal cortada de opiniones, ni el resultado heterogéneo de elementos contradictorios violentamente amalgamados, pues será la expresión sincera y luminosa de las voluntades libres de la fracción del país que representa.

Obra de política, en fin, porque hoy que los sufragios se cuentan y no se pesan, hoy que la ola popular tiene el derecho inviolable de inundar las urnas electorales, el peligro, cada uno lo siente, es la absorción de la inteligencia por el número. Si queda consagrado sólo el derecho del mayor número, es inevitable que la muchedumbre ignorante y sin convicción acapare todo el poder y que las minorías ilustradas se vean aplastadas sin recurso. Pues bien: con la representación proporcional el peligro está conjurado. Los gruesos batallones quedan como es justo, con el poder de elevar la voz más alto que otros, pero al menos los batallones restantes conservan el medio de hacerse oir y la seguridad de no ser amordazados, ahogados, anonadados por la más brutal y más ciega de las tiranías.

IV.

Garantías especiales para los electores:

Entre estas garantías es preciso considerar:

4°. "La sencillez y comodidad en la emisión del voto."

Para que así esté al alcance de todas las personas a quienes la ley considera electores y no sean víctimas del engaño o del abuso; y

5°. "La igualdad en el valor de los votos para todos los ciudadanos activos de la nación."

Esta garantía pretende asegurar que los electores no tengan, por el solo hecho de pertenecer a distintos colegios electorales, el uno derecho a votar por una o dos personas, pongo por caso, y el otro a votar por trece o más.

Esto en Chile, donde existe el sistema de voto acumulativo, no es justo ni democrático. ¿Qué razón hay para que un elector de La Laja vote por cuatro personas en las cuales desea delegar el ejercicio de su parte de soberanía, y para que un elector de Santiago, que delega la misma cantidad de soberanía en su sufragio, vote por trece personas?

Lo equitativo, naturalmente, es que los electores, que al ejercer el sufragio son soberanos por iguales partes, deleguen el ejercicio de esa soberanía, igual para todos, en un número también igual de representantes.

V.

Garantías especiales para los candidatos:

Un buen sistema de sufragio debe:

6°. "Asegurar, en cada colegio, la igualdad en el número de votos (cuota electoral) necesarios para ser elegidos."

Porque no es justo que la acumulación excesiva de votos a favor de un candidato deje sin ser elegido a otro de su mismo partido, ni es justo, tampoco, que en un colegio electoral sean proclamados con iguales derechos un candidato que ha obtenido treinta mil votos y otro que apenas ha obtenido siete u ocho mil.

7°. "Facilitar la eligibilidad de los candidatos prestigiosos y populares, facilitando, a la vez, la de los candidatos que representan tendencias regionalistas;" y

8°. "Evitar el contacto directo entre electores y candidatos."

De modo que los electores no pierdan su independencia al verse tentados por promesas o por ofrecimientos de dinero, y de modo que los candidatos, al ser elegidos, no lleguen a convertirse en instrumentos de los electores influyentes o poderosos.

VI.

Garantías especiales para los partidos políticos:

En los países de régimen representativo la solidez y disciplina de los partidos políticos es esencial para el buen funcionamiento del gobierno. Por esto un sistema de sufragio para que pueda ser calificado de bueno debe:

9°. "Impedir en lo posible el debilitamiento de los partidos políticos."

Obligándolos a disciplinarse para poder vencer en la lucha electoral y evitando que la anarquía se apodere de ellos por la intromisión de elementos disolventes que encuentran en el sistema de sufragio posibilidades de triunfar aisladamente quitando electores a su propio partido; y

10°. "Asegurar el más perfecto aprovechamiento de las fuerzas de los partidos."

Impidiendo que éstos malgasten esas fuerzas por culpa de una dirección torpe o mal intencionada o por otros motivos.

Porque ¿es justo, por ejemplo, que un partido, por haber cometido el pecado de presentar un candidato demasiado popular, que arrastre la casi totalidad de los votos, se quede con un solo representante teniendo fuerzas suficientes para sacar cuatro o cinco? Aceptar esto como justo sería exponerse a que sólo pudiesen proclamarse candidaturas mediocres, pues éstos serían las únicas convenientes para evitar la aglomeración de votos a favor de un solo candidato.

Al apuntar estos dos últimos requisitos no se quiere significar que la disciplina de los partidos políticos quede ampliamente asegurada con la adopción de cierto sistema de sufragio, ni tampoco que sin esa adopción no pueda existir disciplina en los partidos.

Los partidos pueden ser muy disciplinados a pesar del mal sistema de sufragio y pueden ser anárquicos a pesar del buen sistema de sufragio, porque hay numerosos factores que influyen poderosamente en pro o en contra de esa disciplina o de esa anarquía. Pero, como es sabido y como se verá con mayor claridad más adelante, el sistema que se adopte puede facilitar o dificultar la disciplina del partido, ora obligando a los candidatos a que aunen sus esfuerzos para poder triunfar, ora dando margen a que los candidatos, haciendo caso omiso de su partido o yendo en su contra auxiliados por elementos de su mismo color político, puedan llegar a obtener un triunfo personal que viene a ser, en último término, un principio de desorganización y una grave falta de disciplina que, repetida en cada elección, concluye por destruir en el hecho la cohesión de las filas de la agrupación política y el imperio moral que los dirigentes deben tener sobre sus correligionarios.

Desde este punto de vista, como puede comprenderse sin abundar en mayores razonamientos, será mejor el sistema que dificulte o imposibilite la existencia de esos verdaderos atentados contra la solidaridad y la organización de los partidos políticos, que son las verdaderas pilastras que sostienen el sistema representativo de gobierno.

Terminado este intento de enumeración de las diversas cualidades que deben exigirse a un sistema de sufragio, pasaré a ocuparme del estudio y crítica de los tantas veces mencionados sistemas de sufragio, para ver cuál de entre ellos cumple con todas las condiciones exigidas, y calificarlo como bueno, y cuáles no cumplen con esas condiciones, y calificarlos como deficientes o inaceptables.

CAPÍTULO SEGUNDO.—ENSAYO DE CLASIFICACIÓN.

I.

La representación de las minorías y la decisión de las mayorías.

Hasta mediados del siglo pasado predominó universalmente la idea de que en el gobierno y en los parlamentos sólo debían tener influencia y representación las mayorías, llegando hasta negarse la razón de ser de la representación de las minorías; pues, como llegó a aseverar Courcelle Seneuil:[1] "desde el punto de vista del interés del orden público no hay mayorías ni minorías, el senador o diputado una vez elegido, no es mandatario de tal o cual partido sino funcionario de todos," aseveración que hoy, y dada la práctica democrática de la vida moderna, basta enunciarla para dejar de manifiesto su falta absoluta de base positiva.

Después, poco a poco, gracias al avance lento pero seguro de nuevas ideas fundadas en bases más equitativas, el principio de la representación de las minorías ha llegado a ser plenamente aceptado, a tal extremo que se le considera hoy como un axioma indiscutible.

En párrafos anteriores, se ha hablado algo de la diferencia sustancial que existe entre los derechos de *representación* y de *decisión*. Pues bien, del conocimiento preciso de estos dos derechos fluye con toda claridad la diferencia y la razón de ser del derecho que tienen las mayorías para decidir y del derecho que tienen las minorías para estar representadas en las asambleas llamadas a solucionar los problemas nacionales.

Cuando se convoca al pueblo a una *elección de representantes*, debe ese pueblo delegar el ejercicio de su soberanía en las personas que según sus creencias o convicciones, considere más apropiadas para interpretar y defender sus propias opiniones. Si en estas elecciones sólo se diera cabida a la representación de las mayorías no podría tomarse en cuenta, al decidir la forma definitiva de problemas determinados, las razones que tienen las personas de otros colores políticos o de otras ideas regionalistas para pensar de diverso modo, y la resolución tendría que ser unilateral y por lo tanto arbitraria. Por el contrario, si están proporcionalmente representadas todas las tendencias, la resolución que se adopte viene a ser la resultante de todas las opiniones que existen en el país y viene, en consecuencia, a ser una resolución netamente popular y nacional.

En las elecciones de representantes, pues, no se ejercita en manera alguna un derecho de decisión, porque no se va a resolver nada, se va a ver, simplemente, quienes reunen las fuerzas necesarias para tener derecho a estar representados con mayor o menor número de personas que reflejen sus tendencias, para que esas personas, con la debida preparación y con el estudio debido, resuelvan y decidan por ellos.

[1] Principios des Derecho. Traducción de D. Manuel Salas Lavaqui (Santiago de Chile, 1887).

Pero, en los casos en que se trate de llegar a una resolución, en los casos en que se trate de *decidir*, entonces sí que la mayoría es la única que puede imponer la solución, puesto que siempre la resultante definitiva tiene que ser una y no es lógico que ese acuerdo último sea impuesto por el menor número a la mayoría.

El pueblo, directamente, puede ser llamado a decidir en dos casos diferentes.

El primer caso se encuentra en el ejercicio del referendum, por medio del cual los ciudadanos aprueban o rechazan una proposición concreta. Ya se ha dicho que el referendum va siendo cada vez menos usado y que en la actualidad apenas si se emplea en los cantones de Suiza, donde, por el escaso número de habitantes y por la íntima relación que hay entre los ciudadanos, el ejercicio directo de la soberanía es practicable todavía.

El segundo caso en que el pueblo puede ejercer el derecho de decisión y en que, por lo tanto, la voluntad de la mayoría impera, se presenta en las elecciones populares de Presidente de la República. En este caso, como en el anterior, siendo una sola la persona por elegir o una sola la resolución que deba tomarse, no cabe sino la decisión por mayoría.

Además, el derecho de decisión se ejercita siempre en los Parlamentos y asambleas, donde, una vez debatido un asunto y armonizadas las opiniones, hay que decidirse por alguna de las soluciones propuestas.

Con lo expuesto queda evidenciado que así como las minorías tienen el derecho de representación, las mayorías tienen, a su vez, el derecho de decisión.

II.

Clasificación general en mayoritarios y minoritarios. Los minoritarios suelen ser llamados proporcionales. Anarquía en el uso de la palabra proporcional como denominativa de sistemas determinados.

Sin embargo, y a pesar de las razones innegables en que se apoya el derecho de las minorías para obtener una representación equitativa, han existido y existen aún en la práctica, ciertos sistemas de sufragio que sólo toman en cuenta la representación de las mayorías.

De aquí nace la clasificación general que puede hacerse de los sistemas de sufragio en mayoritarios y minoritarios, dando el nombre de *mayoritarios* a aquellos que sólo consideran la representación de las mayorías, y designando con el calificativo de *minoritarios* a los que, respetando la participación que debe corresponder a las mayorías, consultan, a la vez, la que de acuerdo con sus fuerzas respectivas debe corresponder a las minorías.

Como los sistemas minoritarios tratan, cada uno a su modo, de dar a las minorías una representación *proporcional* a las fuerzas efectivas con que la opinión las favorezca, se ha dado en designarlos con el calificativo de "sistemas de representación proporcional."

El sinnúmero de autores que se ha preocupado de esta cuestión,—en la cual han terciado legisladores concienzudos, jurisconsultos de fama y hasta matemáticos de celebridad,—ha hecho que el uso de la palabra proporcional se haya anarquizado por completo.

Y así puede verse que algunos tratadistas como Soripolos, Posada y Villey llaman sistemas proporcionales a todos los minoritarios. Otros, como Esmein y Santamaría de Paredes limitan la designación de sistemas proporcionales a los que más adelante se calificarán con el denominativo de "sistemas minoritarios racionales" y que no son sino una clase de los sistemas minoritarios. Y otros tratadistas, en fin, como Huneeus y Lastarria, restringen aun más el calificativo de sistemas proporcionales para llamar de este modo al conocido sistema de Hare y Andrae.

No son pocos, por otra parte, los que hablan de "sistema del voto proporcional" como si con esto se quisiera indicar algún sistema determinado. En Europa, además, y especialmente en Francia, ha llegado a hacerse tan común el uso de la frase "representación proporcional" que los escritores, para abreviar, no emplean ya el término completo, sino que se limitan a decir "la R. P."

Ahora bien, examinando en conjunto la materia, puede concluirse que por lo general, el término "representación proporcional" (R. P.) se usa impropiamente.

Si se entiende por "representación proporcional" el hecho de pretender dar a las minorías la representación que proporcionalmente les corresponde, claro está que ese calificativo comprende a todos los sistemas minoritarios, que son muchos, y en ese caso la expresión sería correcta aunque no muy exacta, pues con ella se designaría todo el género y no una especie determinada de ese género.

Pero si se quiere designar con ese calificativo un sistema determinado o cierto número de sistemas minoritarios, entonces la expresión "sistema proporcional" se emplea incorrectamente, puesto que todos los sistemas minoritarios pretenden dar a las minorías una "representación proporcional"; lo que no quiere decir, por supuesto, que todos ellos aseguren esa proporcionalidad.

Desde este punto de vista, que es el único racional y lógico, hay que concluir que en Chile, donde impera el sistema de voto acumulativo, existe un sistema de representación proporcional y que, por lo tanto, hablar de adoptar la representación proporcional es sencillamente un absurdo. En Inglaterra y en Francia puede hablarse, claro está, de conseguir la R. P., porque en esos países impera la representación de las mayorías y se pretende conseguir una representación para las minorías, en proporción con sus fuerzas electorales.

En vista de la anarquía que existe en el uso de la expresión "representación proporcional," a que vengo refiriéndome, he excluido, para mayor claridad, este denominativo de la clasificación de los diferentes sistemas de sufragio que intentaré en los párrafos siguientes.

III.

Ensayo de clasificación general y especial de todos los sistemas de sufragio.

Al hablarse de los sistemas de sufragio, por lo general, se confunden lamentablemente los unos con los otros, y se concede a algunos de ellos defectos o ventajas que están muy lejos de poseer.

Especialmente cuando se emplea el ya criticado término de la "representación proporcional" se generaliza de tal manera que la mayoría de las personas o hablan de ella como de una cosa inmejorable o la critican en conjunto haciendo alarde de los inconvenientes que presentan algunos sistemas, como si esos inconvenientes fueran comunes a todos los sistemas que procuran la proporcionalidad en la representación.

Pronto se verá que entre esos sistemas que procuran la proporcionalidad en la representación hay algunos que son inaceptables o que presentan numerosos inconvenientes; pero que hay otros, en cambio, que pueden ser recomendados como muy aceptables y como casi perfectos.

Deseoso de presentar la cuestión de un modo claro que impida generalizaciones injustas y falsas, intento en este párrafo una clasificación general y especial de todos y de cada uno de los sistemas de sufragio existentes.

Los tratadistas no han efectuado hasta la fecha una clasificación completa que facilite el estudio e inteligibilidad de la materia. Casi todos estudian los diferentes sistemas de un modo bastante desordenado y sin un método racional;

ninguno estudia todos los sistemas existentes, como ya se hizo notar al final de la Introducción.

Todos, eso sí, empiezan por admitir la división en mayoritarios y minoritarios, y algunos, como Saripolos y Posada (que en esta parte de su texto extracta la obra de Saripolos), hacen un comienzo de clasificación de los sistemas minoritarios en empíricos y racionales.

En la clasificación que sigue se reproducirán esas divisiones, que son generalmente aceptadas, y se completarán con una subclasificación de los sistemas minoritarios racionales en cuotativos (o de cociente) y del común divisor. En cada una de esas categorías, además, se agruparán los sistemas que les corresponda, de manera que no quede un solo sistema, de los conocidos, que no sea mencionado por ahora y debidamente estudiado después.

* * *

Los sistemas de sufragio se dividen, ante todo, en dos grandes categorías: los mayoritarios y los minoritarios.

A) Los *mayoritarios*, que no admiten una subdivisión, comprenden dos sistemas de sufragio, conocidos con los nombres de:

1. *Sistema de lista completa; y*
2. *Sistema de colegios múltiples uninominales.*

B) Los *minoritarios*, a su vez, pueden subdividirse en dos categorías: los minoritarios empíricos y los minoritarios racionales.

I. Los *sistemas minoritarios empíricos* comprenden los siguientes sistemas:

1. *Sistema de voto uninominal;*
2. *Sistema de lista incompleta;*
3. *Sistema de lista acumulada o de voto acumulativo, y*
4. *Sistema de voto graduado.*

II. Los *sistemas minoritarios racionales* se pueden subclasificar, por su parte, en sistemas cuotativos o de cociente y en sistema del común divisor o de la cifra repartidora.

1.° Los *sistemas cuotativos o de cociente* comprenden los siguientes sistemas:

1. *Sistema del cociente electoral de Hare y Andrae;*
2. *Sistema de doble cociente, y*
3. *Sistema de coeficiente.*

2.° El *sistema de común divisor o de la cifra repartidora* no comprende sino un solo sistema:

1. *Sistema de común divisor de Victor d'Hondt.*

He aquí, pues, los diez sistemas de sufragio propuestos hasta la fecha, algunos de los cuales ya han logrado ser aplicados en la práctica y otros de los cuales han sido propuestos sin que se hayan practicado jamás.

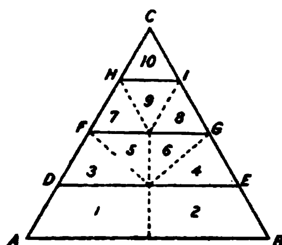
IV.

Gráficos explicativos.

El siguiente cuadro hará más clara y comprensible la anterior clasificación:

Sistemas de sufragio.
- A) Sistemas mayoritarios
  - 1 Sistema de lista completa.
  - 2 Sistema de colegios múltiples uninominales.
- B) Sistemas minoritarios
  - I Empíricos
    - 1 Sistema de voto uninominal.
    - 2 Sistema de lista incompleta.
    - 3 Sistema de lista acumulada.
    - 4 Sistema de voto graduado.
  - II Racionales
    - 1°. cuotativos
      - 1 Sistema de cociente.
      - 2 Sistema de doble cociente.
      - 3 Sistema de coeficiente.
    - 2°. del común divisor.
      - 1 Sistema de común divisor.

Y para hacer más gráfica todavía la clasificación podría representarse a los sistemas de sufragio por la siguiente figura:



El triángulo A B C comprendería todos los sistemas de sufragio.

El cuadrilátero A B E D comprendería los sistemas minoritarios: 1) de lista completa, 2) de colegios múltiples uninominales.

El triángulo D E C representaría los sistemas minoritarios:

Una de sus partes, el trapecio D E G F representaría los sistemas minoritarios empíricos: 3) de voto uninominal, 4) de lista incompleta, 5) de lista acumulada y 6) de voto graduado.

Otra de sus partes, el triángulo F G C representaría los sistemas minoritarios racionales.

El trapecio F G I H comprendería los racionales cuotativos: 7) de cociente, 8) de doble cociente y 9) de coeficiente.

Y el triángulo equilátero C H I, que ocupa la parte superior, representaría, finalmente, el sistema del común divisor.

No sé hasta que punto este gráfico pueda ser práctico y pueda aclarar la materia; en todo caso puede servir para obligar al lector a repetir y fijarse algo más en la clasificación, cosa importantísima para facilitar la comprensión del estudio.

CAPÍTULO TERCERO.—SISTEMAS MAYORITARIOS.

I.

Sistema de lista completa.

En el *sistema de lista completa* el elector tiene la obligación de votar por tantas personas diferentes como representantes corresponda elegir (voto múltiple con lista completa).

Por medio de este sistema siempre obtendrá la totalidad de los representantes el partido que cuente con la mayoría de los electores y el resto quedará sin ninguna representación.

Por ejemplo, en Santiago, el partido que lograra obtener mayoría, sacaría los trece diputados, y los partidos restantes, aunque hubieran obtenido sólo un voto menos, no estarían representados.

El sistema, como puede verse, carece de base democrática y, por esto, se encuentra casi desterrado de las elecciones populares.

Este sistema de lista completa rigió en Chile para todas las elecciones hasta la promulgación de la ley de 12 de noviembre de 1874, ley que lo dejó subsistente para las elecciones de Senadores y de Electores de Presidente, para las cuales continuó en vigencia hasta la promulgación de la ley de elecciones de 20 de agosto de 1890, que implantó el sistema del voto acumulativo para todas las elecciones populares, aunque en el hecho respecto a las elecciones sena-

toriales rige el sistema que estudiaré en el párrafo siguiente. Esta ley, sin modificar esta materia ha sido reemplazada por la de 21 de febrero de 1914, que, a su vez ha sido modificada, pero no en esta materia, por la de 11 de febrero de 1915.

II.

Sistema de colegios múltiples uninominales.

En el *sistema de colegios múltiples uninominales*, se divide al país en tantos colegios electorales como representantes corresponde elegir. En cada circunscripción, por lo tanto, debe elegirse un solo representante, y saldrá favorecido el del partido que obtenga la simple mayoría, quedando los demás partidos sin representación. Este es el sistema que existe hoy en Chile para las elecciones senatoriales, excepción hecha de algunas provincias, como Santiago, donde se elige más de un Senador.

Con la práctica de semejante repartición territorial o se basa la subdivisión del país en cierto número fijo de electores, en cuyo caso quedan sin representación los intereses regionales, o se basa la subdivisión en medidas arbitrarias, en cuyo caso se llega a la anomalía y a la injusticia, de que cierto número de electores tengan derecho a un solo representante y que otro número considerablemente mayor o menor también tenga derecho a elegir un solo representante. En cualquiera de los dos casos anotados el resultado de la elección no podrá ser equitativo ni podrá satisfacer algunos sanos principios de derecho público.

Además, y como ya se ha podido ver con toda claridad, las minorías quedarán siempre sin representación, porque en las elecciones así practicadas se echa en olvido el principio dilucidado ya en el capítulo anterior de que en las elecciones populares no se va a decidir un asunto, sino que se va a manifestar quienes tienen derecho a estar representados para que esos representantes decidan a nombre de la nación.

III.

Aplicación de los sistemas mayoritarios en Francia.

En Inglaterra y en Francia impera actualmente como sistema dominante el que acabo de estudiar en el párrafo anterior. Este sistema y el de lista completa, es decir los dos sistemas mayoritarios, se han alternado periódicamente en Francia, después del establecimiento del sufragio universal, para las elecciones de diputados.

El decreto del 5 de marzo de 1848 adoptó en su artículo 9 el sistema de lista completa, y la ley de 15 de marzo de 1849 lo mantuvo como sistema general.

Por el contrario, las Constituciones de 1852 (en su artículo 36) y la de 21 de mayo de 1870 (en su artículo 31) adoptaron el sistema de colegios múltiples uninominales.

El Gobierno de la Defensa Nacional volvió a poner en vigor, en 1870–71, la ley de 15 de marzo de 1849—es decir, el escrutinio de lista completa—para la elección de la Asamblea Nacional, funcionando también para las elecciones parciales de esa Asamblea desde 1871 hasta 1876.

La ley de 30 de noviembre de 1875 estableció nuevamente, en su artículo 14, el escrutinio uninominal por distritos.

La ley de 16 de junio de 1885 restableció el sistema de lista completa por departamentos.

Por fin, la ley de 13 de febrero de 1889, abandonó de nuevo el sistema de lista completa para volver al de colegios uninominales.

Esta ley de 1889 atribuye en los departamentos un diputado por cada distrito administrativo, y en Paris y Lyon un diputado por cada distrito municipal. Los distritos que tienen más de cien mil habitantes tienen derecho a un diputado por cada cien mil habitantes o fracción de cincuenta mil habitantes más. Pero, entonces, para mantener el sistema de sufragio adoptado, se divide el distrito en circunscripciones que eligen un diputado cada una.

Desde 1913 pende de la consideración de las Cámaras francesas un proyecto de reforma electoral que cambia el sistema de sufragio existente por el minoritario de "doble cociente." Al estudiar particularmente este sistema racional de doble cociente hablaré algo sobre tan comentada reforma.

CAPÍTULO CUARTO.—SISTEMAS MINORITARIOS EMPÍRICOS.

I.

Sistema de voto uninominal.

En el deseo de proporcionar a las minorías una representación proporcionada a sus fuerzas electorales, se han ideado diversos sistemas netamente empíricos, sin base racional alguna, que mediante ciertas combinaciones ingeniosas vienen a dar, en teoría por lo menos, un resultado aceptable y a veces satisfactorio.

El primero de esos sistemas empíricos es el que se denomina de voto único uninominal o simplemente de voto uninominal.

En el sistema de *voto uninominal* se sufraga por una sola persona (voto único uninominal) cualesquiera que sea el número de representantes que deban elegirse en la circunscripción, entendiéndose favorecidos los que obtengan las primeras mayorías.

Un ejemplo hará ver con más claridad el mecanismo del sistema.

Supóngase que en una circunscripción deban elegirse 3 diputados. El partido liberal cuenta con 2,000 electores y el partido conservador con 1,000 electores. El primero de estos partidos presenta dos candidatos, los señores A y B, repartiendo sus fuerzas de tal manera que 1,000 de sus electores voten por A y que los 1,000 restantes voten por B. El partido conservador, a su vez, presenta como candidato al señor C y le otorga sus 1,000 electores. Como cada elector tiene derecho a un solo voto y designa en él a una sola persona (voto único uninominal), el resultado de la elección será el siguiente: Por el candidato A (liberal), 1,000 votos; B (liberal), 1,000 votos; C (conservador), 1,000 votos.

En la práctica, sin embargo, no será lo frecuente encontrar partidos de tan sólida organización y tan conocedores de sus fuerzas efectivas que puedan dividir matemáticamente a sus electores y que sean obedecidos por éstos. Lo más frecuente será que el partido de mayoría se extralimite en el número de candidatos y no obtenga la representación que le corresponde, ora por falta de una dirección inteligente o por error en los cálculos, ora porque los candidatos, para asegurar su elección, no vacilan en hacer campaña personalista que, además de privar a otros candidatos de sufragios que les deberían corresponder para evitar excesos en las acumulaciones, introducen la desorganización y la indisciplina en los partidos.

Aun más, puede suceder el caso perfectamente humano y lógico de que los electores en presencia de una candidatura muy prestigiosa o muy popular se individualicen en ese solo candidato para manifestarle su simpatía, y que el partido contrario, aprovechándose de esa circunstancia, obtenga una representación que no le corresponde. En nuestro ejemplo anterior, podría suceder que el candidato A arrastrara todas las simpatías del partido liberal y que B

quedara con muy pocos electores; el partido conservador presentaría otro candidato, el señor D. y el resultado sería el siguiente: Por el candidato A (liberal), 1,600 votos; B (liberal), 400 votos; C (conservador), 500 votos; D (conservador), 500 votos.

Y se presentaría el absurdo de que un partido con 1,000 electores, por haber presentado candidatos que no tenían la cualidad de ser prestigiosos y populares, obtendría 2 diputados, y que el partido contrario, con 2,000 electores, sólo obtedría un diputado, por haber cometido el pecado de presentar un candidato demasiado popular.

El resultado es injusto. Bueno es que se permita una representación equitativa a la minoría, pero darle mayor representación que a la mayoría es sencillamente absurdo.

Un buen sistema de sufragio no sólo debe procurar sino que debe asegurar un resultado justiciero; si no asegura la equidad en la representación, sea cuales fueren los factores inmediatos que influyan en la lucha electoral, el sistema no sirve y merece el calificativo de inaceptable.

II.

Sistema de lista incompleta o de voto restringido o limitado.

El segundo de los sistemas de sufragios minoritarios empíricos es el que se conoce con el nombre de *sistema de lista incompleta* y que suele ser llamado también de *voto restringido o de voto limitado.*

En el *sistema de lista incompleta* los electores pueden votar por cierto número de personas diferentes, y este número, que está fijado por la ley, es siempre inferior al del número de representantes que deben elegirse (voto múltiple con lista incompleta).

Por ejemplo, si se trata de elegir 3 representantes, cada elector tiene derecho a colocar dos nombres diferentes en su voto; si corresponde elegir 5 representantes, los electores sólo tienen derecho a designar un número de 3 personas en su voto; si 6, un número de 4; si 7, un número de 5, y así sucesivamente.

La restricción, como puede verse, es arbitraria; no obedece a ningún principio racional que le sirva de base.

Además, este sistema tiene un defecto insalvable. Sucede a veces que en una circunscripción no existe sino un partido, es decir, no hay minoría. ¿De qué manera subsana el inconveniente este sistema, puesto que no se permite votar al elector sino por un número inferior al que corresponde elegir? Sólo hay una solución posible; hay que crear una minoría ficticia, que de ficta suele pasar a real, porque así como la función hace al órgano, como dicen los biólogos, también el contínuo ensayo de indisciplina, aunque sea por simple estratagema, suele crear minorías y fraccionar los más sólidos partidos.

Por otra parte, este sistema no asegura una proporcionalidad equitativa. Las probabilidades de éxito de las minorías disminuyen a medida que aumenta el número de representantes por elegir. Y así por ejemplo, en un distrito donde deben distribuirse 3 asientos, un partido con 1,000 electores, en lucha con otro de 2,000 electores, no obtiene ningún puesto; cuando, en estricta justicia debería corresponder un diputado por cada mil electores.

Véase numéricamente el ejemplo:

Si se van a elegir 3 diputados, cada elector del partido de la mayoria puede votar en su lista hasta por 2 personas, o sean 4,000 votos en total, que divididos por 3, el número de candidatos, dan 1,333 votos a cada candidato. El partido de minoría, a su vez, sólo puede dar un máximo de 1,000 votos a sus candidatos, puesto que, si bien es cierto que se puede escribir hasta dos nombres en cada lista, estos nombres tienen que ser de personas diferentes.

Queda de manifiesto entonces que 1/3 de los electores no pueden obtener un diputado en un departamento que elija 3 representantes.

Para obtener ese representante el partido de minoría necesita contar con 2/5+1 del total de electores, por lo menos, como se puede ver en seguida.

En el caso propuesto se tendría:

2/5+1 de 3,000 electores=1,201.

Al partido de mayoría le queda:

3/5—1 de 3,000 electores=1,799.

El partido de mayoría puede votar por 2 candidatos y dar a cada uno de ellos 1,799 votos. Ahora, si votara por 3 candidatos, daría a cada uno de ellos:

1,799×2=3,598÷3=1,199 votos.

suma inferior a 1,201 votos obtenidos por el candidato de la minoría.

Los partidos necesitan, pues, hacer sus cálculos muy prolijamente para tener probabilidades de éxito. El sistema es complicado y cualquier error en los cálculos preliminares puede llevar a un fracaso.

El ejemplo anterior ha dejado de manifiesto que en un distrito donde deban elegirse 3 diputados, la minoría necesita a lo menos 2/5+1 de los electores para obtener un representante. Pues bien, mientras mayor sea el número de representantes por elegir mayor será el número de electores necesarios para que la minoría obtenga ese solo representante. No haré aquí la serie de operaciones bastante monótonas que probarían numéricamente la afirmación anterior; básteme decir que los cálculos ya hechos permiten establecer ese principio general de que mientras mayor sea el número de representantes por elegir en un colegio electoral, las probabilidades de triunfo de las minorías van disminuyendo gradualmente, y así, en un colegio electoral que deba elegir 5 representantes la minoría para obtener *uno* necesita contar con el 42 por ciento del total de electores!

La operación para comprobar esta aseveración es sencilla:

Supóngase, para abreviar, que sólo haya 100 electores. Los 42 de la minoría (42 por ciento) pueden dar como máximo 42 votos a su candidato, y nada sacarán con poner otros nombres diferentes. En cambio los 58 electores de la mayoría ejercitando con toda amplitud su derecho, pueden votar por el máximo de tres personas en cada lista (cuando se eligen 5 diputados se puede votar por 3 personas) o sea un total de 174 votos, que repartidos convenientemente entre 4 candidatos dan un total de 43 votos y fracción a cada uno de ellos. Por lo tanto hay que reconocer que tratándose de elegir 5 representantes, un partido que tenga sólo un 16 por ciento de electores más que el de minoría, obtiene 4 diputados, resultado que está muy lejos de ser equitativo, porque proporcionalmente el partido de minoría debería obtener 2 representantes por lo menos.

El sistema en estudio—que no puede aplicarse sino en colegios electorales que deban elegir más de 3 representantes—parte de la base de la existencia de dos únicos partidos políticos, si entran en lucha más de dos partidos el problema se complica, los resultados son cada vez más inesperados y el sistema falla lamentablemente.

Los inconvenientes apuntados bastan para que desde luego se le califique como no aceptable, dentro del concepto y de acuerdo con los requisitos formulados en el capítulo primero.

El sistema de lista incompleta fué aplicado por primera vez en Inglaterra en 1867 en las circunscripciones que elegían más de tres representantes, y fué reemplazado en 1884 por el que hoy impera.

Ha sido puesto en práctica también, para ser abandonado después, en Chile de 1874 hasta 1890, pero solamente en las elecciones municipales; en Brasil desde 1875 hasta 1881, y en Italia desde 1882 hasta 1892.

Actualmente se practica el sistema de lista incompleta en algunos cantones de la Suiza; en España, para las elecciones de cortes y de concejales, y en Argentina, donde fué implantado por ley de 13 de febrero de 1912 (artículo 55 y siguientes).

El artículo 65 de la ley argentina dispone que "si del escrutinio practicado resulta que no han sido elegidos todos los candidatos que deben elegirse, se hará una nueva convocatoria para determinar los que faltan." Esta disposición, que deja de manifiesto el espíritu previsor de la ley, viene a señalar, también, otro de los graves defectos del sistema: el de no asegurar la total eligibilidad de los representantes, obligando, para subsanar el mal, a repetir una y otra vez las votaciones hasta que se produzca el resultado conveniente.

III.

Sistema de lista acumulada o de voto acumulativo.

El tercero de los sistemas minoritarios empíricos es el que se conoce con el nombre de *sistema de lista acumulada* o de *voto acumulativo.*

En el *sistema de lista acumulada* o de *voto acumulativo*, el elector debe votar por un número de personas igual al que corresponde elegir, pudiendo si lo desea, repetir un mismo nombre cuantas veces quiera (voto múltiple con lista acumulada), y considerándose elegidos los candidatos que obtengan las primeras mayorías.

Ejemplo:

Se trata de elegir 3 diputados, el partido de mayoría tiene 2,000 electores y presenta 2 candidatos, el de minoría tiene 1,000 electores y presenta 1 candidato.

El partido de mayoría, que puede reunir 6,000 votos en total, da 3,000 a cada uno de sus candidatos. El partido de minoría puede dar hasta 3,000 votos al suyo. Resultan elegidos 2 diputados de la mayoría que corresponde a 2,000 electores, y 1 de la minoría que corresponde a 1,000 electores. La proporcionalidad es exacta.

Como se ve, el mecanismo del sistema del voto acumulativo es sencillísimo, está al alcance de todo el mundo; pero sus resultados son a menudo extraños.

Si el sistema funcionara con la corrección que en teoría se desea sería perfecto y la proporcionalidad en la representación estaría asegurada. Pero en la práctica no es posible que los partidos conozcan con exactitud matemática el monto de sus fuerzas, ni es posible tampoco que haya dentro de los partidos la disciplina inflexible que se necesita para que el resultado práctico esté de acuerdo con el cálculo teórico.

A veces, por la intromisión de elementos ambiciosos, o de audaces que desean asegurar su elección a toda costa, la cuota electoral de algunos candidatos se eleva a una cantidad considerable, haciendo que por este motivo el partido malgaste sus fuerzas y deje de elegir el número de representantes que le corresponde.

Otras veces se produce un fenómeno exacto, pero no ya por culpa personal o por ser personalistas los candidatos, sino por una ventaja que debería enorgullecerlos y que en este caso perjudica a su partido: su excesiva popularidad. Así un candidato muy apreciado en un partido de mayoría puede arrastrar el total de las acumulaciones y dar campo para que el bando contrario, muy inferior en fuerzas efectivas, obtenga el resto de los diputados.

Por ejemplo, si hay que elegir 3 representantes, puede suceder que en un partido de 1,000 electores se acumule por una sola persona, la que sacará

3,000 votos. El partido contrario con 200 electores, da 300 votos a un candidato y 300 votos a otro. Y se produce el absurdo de que 200 electores saquen 2 representantes y de que 1,000 sólo obtengan uno.

Esto no es equitativo y, sin embargo, en este caso, no es defecto de la dirección de la elección, ni de la organización del partido, sino del sistema mismo.

El elector, por lo tanto, no estará jamás seguro de dar su voto con absoluta certeza de que no perjudica a sus convicciones o a su partido. Para estarlo tendría que acudir, antes de votar, a recibir orden expresa de los directores de la elección y esto, que desde luego importaría un atentado contra la independencia electoral del ciudadano, no sería realizable en circunscripciones muy extensas donde se elija gran número de representantes.

Por otra parte, el sistema de voto acumulativo, que ha sido ideado para dar a las minorías una representación que sea equivalente a sus fuerzas, pero nó para dar a las minorías una representación mayor a la que le corresponda y en desmedro de la mayoría, suele dar margen a este último absurdo, el más inaceptable de cuantos es dable imaginar en esta materia.

Un ejemplo comprueba con facilidad este defecto:

En un colegio electoral, donde se eligen 3 diputados, hay 4 partidos, el de mayoría cuenta con 4,000 electores y con 1,000 electores cada uno de los tres partidos de minoría.

Votando cada partido por su cuenta, el partido de mayoría obtendrá los 3 diputados puesto que puede dar 4,000 votos a cada uno de sus candidatos, mientras que los de minoría, acumulando por 3 sólo darían 3,000 votos a sus candidatos.

Pues bien, puede suceder que el partido de mayoría, confiado en este cálculo, presente 3 candidatos, y que los tres partidos de minorías formen una coalición para votar por 2 candidatos, repartiendo convenientemente sus fuerzas para dar a cada uno de ellos la mitad del total de 9,000 votos que pueden obtener en la acumulación por 3, es decir 4,500 votos a cada uno, suma superior a 4,000 que obtiene cada uno de los candidatos de la mayoría. Se llega así al absurdo de que un total de 3,000 electores obtengan 2 representantes y que 4,000 electores obtengan uno sólo. Si el sistema garantizase una proporcionalidad racional debería corresponder, en el peor de los casos 2 representantes a 4,000 electores y uno sólo a 3,000 electores. Un sistema que dé margen a semejante absurdo, no puede ser un sistema aceptable.

Y no se crea que los inconvenientes señalados son meramente teóricos; ellos se han palpado en la práctica y se han repetido varias veces en Inglaterra, en Estados Unidos (en el Estado de Illinois) en las elecciones de 1892 y en las de 1894, y en Chile en varias y diversas ocasiones largas de enumerar.

Como el estudio detallado de los numerosísimos defectos que presenta el sistema de voto acumulativo me obligaría a extenderme demasiado, me limitaré a enumerar algunos de sus defectos tomando como base los requisitos señalados en el capítulo primero como indispensables para un buen sistema de sufragio.

Requisito 1°. Se ha comprobado ya hasta la evidencia, con ejemplos elocuentes, que el sistema de voto acumulativo *no asegura prácticamente la proporcionalidad en la representación.*

Requisitos 2°. y 3°. En vez de dificultar *facilita el cohecho y el fraude,* por el contacto inmediato que durante el mecanismo de la elección existe entre candidatos y electores y por lo facilísimo que es aumentar en unos cuantos centenares de votos la cuota de cualquier candidato.

Requisito 5°. *No garantiza,* como lo hace notar Huneeus, *la igualdad en el valor de cado voto* puesto que, en Chile por ejemplo, hay departamentos como Santiago donde el elector vota por 13 personas y otros departamentos donde el

elector sólo puede votar por tres o cuatro, estableciéndose, de este modo, una especie de voto plural sin base racional alguna.

Requisito 6°. *No procura la igualdad en la cuota electoral* necesaria para ser elegido en un colegio determinado, puesto que resultan elegidos representantes tanto los que han obtenido treinta mil o más votos como los que sólo han obtenido diez mil o menos (esto se ve en las elecciones de Santiago, por ejemplo); observándose que la acumulación excesiva a favor de un candidato deja sin ser elegidos a otros de su mismo partido.

Requisito 7°. Facilita la eligibilidad de los candidatos prestigiosos *en desmedro de la representación del partido y de los candidatos regionales*, elevando la cuota electoral de aquéllos a límites inconvenientes.

Requisito 8°. No evita, sino que *facilita el contacto immediato entre candidatos y electores*, convirtiendo a éstos en esclavos de las promesas o del dinero de aquéllos, y convirtiendo a los candidatos en instrumento de los electores influyentes, de los cuales depende su reelección.

Requisito 9°. *Es el disolvente más enérgico de los partidos políticos*, porque el candidato olvida por completo a su partido y procura únicamente ganarse adeptos, no en cuanto a miembro del partido y para su partido, sino en cuanto a persona aislada que anhela su triunfo personal, y en desmedro de su propio partido.

Requisito 10°. *No asegura*, en fin, y este es uno de sus más capitales defectos, *el perfecto aprovechamiento de las fuerzas de los partidos.*

El elector jamás está seguro de haber dado su voto de un modo conveniente para su partido. Si acumula por el candidato de su mayor afecto puede perjudicar a los demás, a quienes, por disciplina y por semejanza de ideas también acepta. Si vota por todos ellos, sin acumular, puede perjudicar a su candidato preferido.

La dirección misma del partido, que no puede tener una estadística exacta de las fuerzas electorales que entran en lucha, no estará nunca absolutamente segura de la veracidad de sus recomendaciones. Si ordena votar por todos los candidatos presentados, puede correr el riesgo de no obtener ningún representante. Si ordena votar por un número restringido de candidatos, puede el partido obtener menor número de representantes que los que legítimamente le corresponde.

La incertidumbre, la duda, el peligroso *tanteo*, el acaso, son siempre la regla. La exactitud en los cálculos, la bondad en la elección misma, la justicia en sus resultados, vienen a ser honrosas y escasas excepciones.

El sistema de voto acumulativo fué adoptado por primera vez en el Cabo de Buena Esperanza, en 1853, pero sólo para las elecciones de Senadores; más tarde, en 1870, se le adoptó también para las elecciones de municipales y de diputados. Pensilvania lo usa desde 1869 para las elecciones municipales. Inglaterra lo utiliza desde 1870 para las elecciones de Consejos Escolares. Y Chile, después de adoptarlo para las elecciones de diputados por ley de 12 de noviembre de 1874, lo ha adoptado como sistema general de elecciones desde la ley de 20 de agosto de 1890, con la excepción que ya he señalado antes y que se debe a la forma de división territorial para la elecciones de Senadores.

IV.

Sistema de voto graduado.

Queda aun por tratar el *sistema de voto graduado*, para concluir con este grupo de sistemas minoritarios empíricos.

En este sistema,—que ha sido llamado el más empírico de los empíricos,—cada elector debe colocar en su voto tantos nombres diferentes como personas corresponde elegir, entendiéndose que al que ocupa el primer lugar se le ha

dado un voto completo, al que ocupa el segundo, medio voto, un tercio al del tercer lugar, un cuarto de voto al del cuarto lugar y así sucesivamente. Para hacer el escrutinio se suman las fracciones y los votos enteros y se proclama a las personas que han obtenido las primeras mayorías.

Ejemplo:

Deben elegirse 3 diputados.

Un partido tiene 2,000 electores y presenta los candidatos A y B; el otro partido tiene 1,000 electores y presenta los candidatos C y D.

El candidato A, que va siempre en primer lugar en la lista de su partido, obtendrá 2,000 votos. El candidato B, que va siempre en segundo lugar, será colocado 2,000 veces, pero cada vez sólo vale por medio voto, luego obtiene 1,000 votos.

Al candidato C, que siempre va en primer lugar en la lista de su partido, obtendrá 1,000 votos; y el candidato D que va en segundo lugar obtendrá sólo 500 votos.

Serán proclamados, en consecuencia, los candidatos A, B, C, que han obtenido 2,000, 1,000 y 1,000 votos respectivamente, y quedará derrotado el candidato D que sólo obtuvo 500 votos.

El sistema de voto graduado, aunque en menor escala, tiene algunos de los defectos del sistema de voto acumulativo. Puede suceder, por ejemplo, que un partido de mayoría dé todos sus primeros votos (que valen por un entero) a un solo candidato y que el partido de minoría reparta de tal modo los primeros puestos, que logre obtener mayor representación que la que le corresponde.

Este sistema fué propuesto por Borda a la Academia Real de Ciencias de París,, el 16 de junio de 1770. Un siglo más tarde volvió a ser propuesto como sistema original y casi conjuntamente por Furet y Briand en Francia y por Burnitz-Varrentrapp en Alemania.

Jamás ha sido implantado en la práctica y si llegase a serlo su funcionamiento sería bastante complicado y se prestaría a numerosos abusos.

V.

Los sistemas de sufragio practicados en Chile.

Consecuentes con las ideas dominantes en la época, las primeras leyes electorales que se dictaron en Chile sancionaron como sistema general de sufragio, para todas las elecciones populares del país, el sistema de lista completa.

Más tarde, las nuevas ideas difundidas por la lectura de obras de autores modernos y la activa propaganda iniciada y mantenida por distinguidos publicistas, catedráticos y congresales, por medio de la prensa, del libro, de lecciones universitarias y de discursos parlamentarios, fueron creando poco a poco ambiente a la conveniencia, mejor dicho, a la necesidad imperiosa que éxistía de que las agrupaciones políticas que estuvieran en minoría en el territorio de la República pudieran hacer oir su opinión en el Parlamento, por medio de representantes salidos de su propio seno y que encarnaran sus propias ideas y convicciones.

Sin embargo, al dictarse la ley de 6 de agosto de 1869, y a pesar de la ruda batalla trabada en el Congreso, en la que tomaron parte los hombres más prestigiosos que descollaban en ese entonces, no fué posible obtener la adopción de algún sistema que diese cabida a la representación de las minorías.

La campaña siguió, a pesar de todo, con igual y quizás con mayor entusiasmo y energía.

En esos años (1869 a 1874) se adoptaba el sistema de voto acumulativo como sistema general de elecciones en el Cabo de Buena Esperanza, se adop-

taba también, aunque sólo para las elecciones de municipales, en Pensilvania, y se aceptaba, finalmente, en Inglaterra para las elecciones de Colegios Electorales. Por estas y otras razones el sistema de voto acumulativo fué, y, estoy por decir, tuvo que ser el sistema que debía servir de estandarte, de ideal a la corriente reformista que aumentaba de día en día en el país.

Así se explica que al discutirse una nueva ley de elecciones en el Congreso, en 1874, las Cámaras, a pesar de la viva oposición sostenida por el Ministro don Eulogio Altamirano a nombre del Gobierno, aprobara como sistema general para las elecciones de Diputados y de municipales el de voto acumulativo.

El Presidente de la República, don Federico Errázuriz (el Grande), no cedió sin embargo, y vetó el proyecto de ley insistiendo en la conveniencia de no innovar en la práctica existente. Pero, como comprendiera que el rechazo absoluto del proyecto de las Cámaras podría dar origen a un grave conflicto constitucional, se vió obligado a proponer una transacción, que será mejor apreciada con la lectura del siguiente párrafo de su mensaje de veto, enviado al Congreso el 27 de Octubre de 1874:

" Sabéis, en verdad, que no soy partidario de este sistema y que temería que su aplicación pudiera traer al país muy malos resultados. Temeroso por una parte de las consecuencias que podría producir el ejercicio de un sistema nuevo y desconocido en la práctica, y anhelando, por otra parte, deferir a vuestras opiniones y satisfacer en lo posible los deseos de muchos de vosotros, os propondré hacer la elección de diputados por medio del voto acumulativo y la de municipales por medio de listas incompletas o de voto limitado. De esta manera haremos en las próximas elecciones el ensayo de ambos sistemas y tendremos las lecciones de la experiencia y las enseñanzas de la práctica que nos darán la base sólida que debe servirnos de guía segura para emprender reformas de tanta importancia y trascendencia."

El Congreso, para no hacer fracasar la reforma, hubo de aceptar esta transacción que encontró fuerza legal en el artículo 31 de la ley de 12 de noviembre de 1874.

Al pasarse de un sistema estrictamente minoritario a otro que, por defectuoso que fuera, tenía que satisfacer en la práctica mayor número de aspiraciones, tuvo que acrecentarse, forzosamente, la corriente de opinión a favor del voto acumulativo, sin que se hiciera alto en las deficiencias o inconvenientes que éste presentaba.

Por eso, en 1883, cuando se discutía en el Parlamento un nuevo proyecto de reforma electoral, la ya histórica polémica parlamentaria a favor del voto acumulativo como sistema general de elecciones se reanudó nuevamente a proposición del *leader* del partido conservador, el prestigioso estadista don Manuel José Irarrázaval. A pesar de todo, la reforma no fué admitida en esta parte y la ley de 9 de enero de 1884 conservó las mismas disposiciones que la anterior, de 1874.

No por esto cejó la propaganda en pro del voto acumulativo y, por las mismas razones apuntadas anteriormente—que no les permitía considerar los graves defectos del sistema—acrecentadas por una muy poderosa: el amor propio en el triunfo de la idea, se prosiguió tenazmente la campaña hasta que se consiguió implantar el voto acumulativo como sistema general de elecciones en la ley de 20 de agosto de 1890, mantenido en la ley actual de 21 de febrero de 1914.

A pesar de esta reforma, como ya se ha comprobado anteriormente—y a causa de la instalación de colegios electorales provinciales que eligen, en su inmensa mayoría, un solo senador por cada provincia, lo que en el hecho significa la práctica del sistema mayoritario de colegios uninominales—puede decirse que el voto acumulativo rige solamente para las elecciones de municipales,

para las de diputados y para las de senadores en una que otra provincia, donde se elige más de un senador.

No se puede negar que el cambio de un régimen absolutamente mayoritario por otro en que se permita la representación de las minorías, acusa un progreso considerable; pero, es forzoso y es justo confesar que fué desgraciada la elección del voto acumulativo cuyos defectos quedaron de manifiesto en un párrafo anterior.

Esto no significa que yo atribuya todos los males políticos de que hoy padecemos al voto acumulativo, como lo afirman con grande elocuencia algunos prestigiosos hombres públicos, honra del Parlamento y orgullo de la República. El fenómeno natural de la lluvia no depende sólo del "viento norte" como creen ciertos agricultores. Pero negar que el voto acumulativo es causa muy principal en la existencia y en el desarrollo de esos males, es negar un hecho evidente, es negar una verdad incontrovertible.

Hay que reconocerlo con honradez y con franqueza: el voto acumulativo ya hizo su época en Chile, ya produjo sus buenos efectos, sus innumerables beneficios. Ahora el muchacho ha crecido, el traje que le sentaba bien, que se amoldaba más o menos perfectamente a su cuerpo a los quince años, está usado, está roto, le incomoda, no le sirve, le está estrecho, no le permite desarrollarse ni presentarse con decencia en público. Hay que cambiarlo por otro más moderno, hecho para su desarrollo actual, que permita la holgura en sus desenvolvimientos y que no dificulte sino que facilite su desarrollo y progreso políticos.

CAPÍTULO QUINTO. SISTEMAS MINORITARIOS RACIONALES.

1°. *Racionales cuotativos.*

I.

Idea del cociente o cuota electoral.

Allá por el año de 1780, el duque de Richmond observó que para guardar estricta equivalencia entre el total de electores de una circunscripción y el número de votantes necesarios para tener derecho a un representante debía formarse cierta proporción entre ese total de electores y el número de representantes por elegir. Y de este modo, en un distrito donde voten 3,000 ciudadanos y donde deben elegirse tres diputados, a cada 1,000 electores—la tercera parte del total—debe corresponder un representante. Es decir, para conocer el número de electores necesario para elegir un representante debe dividirse el total de sufragios emitidos por el número de diputados por elegir.

En este razonamiento se basa el llamado *cociente* o *cuota electoral*, que sirve de fundamento a una serie de sistemas de sufragio.

En teoría el razonamiento es lógico. Lo justo es que si se eligen 5 diputados le quinta parte de los electores tenga derecho a un representante; pero en la práctica jamás las agrupaciones políticas se encuentran divididas en proporciones iguales, de modo que generalmente los candidatos no alcanzan a obtener la cuota electoral exigida, ora por la dispersión de votos, ora por la existencia de pequeños partidos con escasas fuerzas, y el sistema tendrá que fracasar por esta causa. De aquí el por qué todas las legislaciones que han aceptado sistemas basados en el cociente electoral tengan que contemplar numerosas excepciones para los casos en que resulten algunos puestos sin que alcancen a ser llenados en conformidad al procedimiento del cociente.

Un ejemplo evidenciará este defecto.

En un colegío electoral en que se eligen 3 diputados hay 4 partidos políticos. Realizados la votación y el escrutinio, conforme a las reglas del sistema de

sufragio que se adopte, se cuentan en las urnas un total de 3,000 votantes. El cociente o cuota electoral necesario para ser elegido será, en consecuencia. 3,000 dividido por 3, es decir, 1,000 votos.

Pues bien, el candidato del partido liberal obtiene 1,000 votos, el del partido conservador 900, el del partido radical 900 y el del partido socialista 200 votos. El único candidato que ha alcanzado a reunir el número de sufragios señalados por el cociente electoral es el candidato del partido liberal, y será, por lo tanto, el único que resultará elegido. Los demás candidatos no alcanzan a cubrir esa cuota electoral, y como el número de representantes por elegir queda incompleto será preciso, para completarlo, o bien repetir la elección, en cuyo caso, se corre el riesgo de no obtener tampoco un resultado definitivo, o bien se adoptan medidas empíricas y convencionales que vienen a echar por tierra el fundamento mismo del llamado cociente electoral.

Para subsanar en parte el defecto del cociente, en algunas partes como Ginebra, por ejemplo, se agrega una unidad al divisor para que así el cociente resulte más pequeño.

Como se comprende sin necesidad de mayores explicaciones, los sistemas que se estudian en seguida y que se basan en el cociente electoral llevan, desde luego, y como fé de bautismo, este defecto fundamental que hace insuficiente y dificultoso su ejercicio.

Últimamente en el Senado de la República Francesa, la comisión encargada de informar el proyecto de reforma electoral aprobado por la Cámara de Diputados, propuso por intermedio de su relator M. Lintilhac, un sistema basado en una especie de cociente electoral, que el informe denomina *término medio nacional* o *medianía*. Este nuevo sistema de cociente electoral tendría además la particularidad de ser fijo, de ser uno sólo para todas las elecciones y para todas las circunscripciones.

La medianía francesa, según el proyecto del Senado, se obtiene calculando sobre las diez últimas elecciones habidas en Francia y en Argelia, desde 1876, y sacando una proporción más o menos complicada entre el número de inscritos y el número de votantes. El resultado de esas operaciones es el siguiente: se calcula que en esas diez últimas elecciones sólo han votado un 76 por ciento de los inscritos y se supone que en el futuro esta proporción se va a mantener; se da a cada "circunscripción teórica" un total de 21,500 inscritos de los cuales votarán, según la suposición anterior, sólo el 76 por ciento, es decir, 16,000 votantes. Esta cifra, 16,000 es el número de votos que necesita una persona para ser elegido. A cada lista de un partido corresponderán tantos asientos como veces obtenga 16,000 votos en el escrutinio general.

El sistema propuesto al Senado francés presenta igual o mayor número de inconvenientes que el propuesto hace siglos por el duque de Richmond. Así lo ha comprendido también la comisión informante y por eso agrega que si sobran asientos por llenar, se distribuirán a los demás candidatos según el número de votos obtenidos, siempre que estos votos sean superiores a 5,375, o sea, la cuarta parte de la circunscripción teórica. . . .

El proyecto de referencia ha sido propuesto como una transacción para aunar en una fórmula común las diversas corrientes existentes en Francia. El Gobierno insiste, sin embargo, en la reforma aprobada por la Cámara de Diputados, que examinaré más adelante, al tratar del sistema de doble cociente.

Por ahora basta con dejar sentado que el cociente electoral, tanto en la forma propuesta por el duque de Richmond como en la forma propuesta por la comisión del Senado de Francia, no tiene la solidez y la elasticidad requeridos para servir de base racional a un sistema de sufragio.

II.

Sistema del cociento electoral de Hare y Andrae.

Casi un siglo después que el duque de Richmond insinuara la idea del cociente electoral, se propuso en Dinamarca y en Inglaterra el primer sistema de sufragio basado en el principio de la cuota electoral.

Los autores de ese sistema fueron el célebre matemático danés M. Andrae, Ministro de Hacienda de Dinamarca, que logró que su sistema fuese puesto en práctica por la ley de 2 de octubre de 1855, y el abogado inglés Tomas Hare, que popularizó su sistema en diversos estudios, el primero de los cuales se publicó en 1857.

Las ideas de Andrae y de Hare—propuestas en países diferentes y sin que entre los autores hubiera acuerdo ni correspondencia—son casi idénticas, apenas si difieren en ciertos detalles insignificantes. De entre estas diferencias vale la pena señalar una sola, la más importante sin duda, que por lo demás, no viene a agregar nada a la bondad o a las deficiencias del sistema en sí mismo. Hare proponía que para la práctica de su sistema se considerase a todo el país formando un colegio electoral único y Andrae proponía que el país estuviese dividido en circunscripciones reducidas que eligiesen más de tres representantes, porque en los distritos en que se elijan menos de tres diputados el sistema no puede funcionar.

Las disposiciones de la ley dinamarquesa de 1855 fueron mantenidas y reforzadas en la revisión de la Constitución en 1866 y en la ley de 12 de julio de 1867.

En Inglaterra, por el contrario, la proposición de Hare no logró ser puesta en práctica a pesar de la brillante defensa hecha al sistema por el autorizado pensador Stuart Milt que lo defendió primeramente en el Parlamento, en la célebre sesion de 29 de mayo de 1867, y que lo recomendó en seguida en su obra "El Gobierno Representativo".

En el *sistema del cociente electoral de Hare y Andrae* hay que comenzar por determinar el cociente o cuota electoral, es decir, por dividir el total de votos emitidos por el número de representantes por elegir, y ese cociente así obtenido indica el número de votos que debe obtener un candidato para que pueda ser elegido.

El elector debe sufragar un voto único con lista de preferencia, donde puede colocar cuantos nombres quiera. Los votos se van sacando al acaso y se lee sólo el primer nombre. Cuando un candidato ha obtenido el cociente electoral, se le proclama y ya no se le toma en cuenta, leyéndose entonces el nombre que le sigue en la lista, y así sucesivamente.

Pero, a consecuencia del defecto fundamental de la idea del cociente, que ya se comprobó en el párrafo anterior, sucede generalmente que varios de los puestos por llenar quedan vacantes porque los candidatos no alcanzan a reunir la cuota exigida.

La ley dinamarquesa (artículos 18 a 27) para subsanar este inconveniente, ordena que si se presenta el caso apuntado, los votos deben escrutarse de nuevo, exigiendo en este segundo escrutinio, solamente la mitad del cociente electoral para que los candidatos se consideren elegidos y sean proclamados.

Con esta curiosa solución la ley dinamarquesa viene a violentar los fundamentos principales del sistema: el voto único y el cociente electoral. Violenta la idea del voto único porque en ese nuevo escrutinio los votos computados ya y que, por lo tanto, habían dejado de tener valor, puesto que eran *únicos*, vuelven a ser considerados en la plenitud de su fuerza, pasando a valer como un nuevo voto, y así hasta que se llenan los puestos vacantes, lo que en definitiva viene

a establecer una desigualdad en el valor de los sufragios, puesto que algunos logran influir por dos votos y otros influyen con su verdadero valor. Y violenta la idea del cociente porque en ese segundo escrutinio exige una nueva cuota completamente arbitraria sin ninguna base equitativa ni racional.

El procedimiento no parece muy lógico, pero la cuestión no tiene mejor solución, salvo que se repita una y más veces la elección hasta completar el número de representantes, en cuyo caso el remedio resulta peor que la enfermedad.

Fuera de este inconveniente, que basta para rechazar el sistema, tiene el gran defecto de entregar, en gran parte, a la suerte el resultado de la elección.

Voy a poner un ejemplo bien sencillo para probar esta aseveración. Supóngase que cuatro electores deban elegir dos representantes. El cociente electoral es 4:2=2. Ahora bien, en los 4 votos Pedro está colocado en primer lugar, Juan va 2 veces en el segundo lugar y Diego las otras 2 veces en el segundo lugar, como aparece en el siguiente gráfico:

1er voto	2° voto	3er voto	4° voto
Pedro	*Pedro*	*Pedro*	*Pedro*
Juan	*Juan*	*Diego*	*Diego*

Supóngase, ahora, que al hacerse el escrutinio salgan primero los votos 1° y 2°, que llevan a Juan en el segundo puesto. Naturalmente, y conforme a la teoría del sistema, sólo se leerá el nombre de Pedro, que va colocado en primer lugar y que, como ha salido 2 veces, será proclamado por haber obtenido el cociente electoral. En los dos votos restantes no se leerá el primer nombre, que es el mismo Pedro ya elegido, sino el segundo y será proclamado Diego que alcanza también a cubrir el cociente electoral. Los elegidos son, por consiguiente, Pedro y Diego.

Pero, si la casualidad o la suerte quiere que al hacerse el escrutinio salgan primero los votos 3° y 4° del gráfico anterior, será proclamado Pedro, como en el primer caso, y, al leerse los votos restantes, habrá que proclamar a Juan que también alcanza a reunir los 2 votos que requiere el cociente electoral. Los elegidos en este caso serán, pues, Pedro y Juan, y no Pedro y Diego, como en el caso anterior.

Mas no es esto todo. Desde que es el acaso, la suerte la que decide el orden en que los votos son escrutados, bien puede suceder que salgan primero los votos 1° y 3° del gráfico que sirve de ejemplo, y en este caso será proclamado Pedro. Al sacar el tercer voto puede salir el voto 2° y, como Pedro ya ha sido proclamado, habrá que dar un voto a Juan que va en segundo lugar. Y al escrutar el voto 4°, habrá que desentenderse de Pedro que va en primer lugar y que ya ha sido elegido y habrá que dar un voto a Diego que ocupa el segundo lugar. De este modo, el único elegido es Pedro, quedando vacante un puesto porque ni Juan ni Diego han cubierto la cuota electoral.

En consecuencia, forzoso es concluir que en el sistema de Hare y Andrae la suerte puede tener una influencia decisiva a favor o en contra de los candidatos.

Y si esto pasa y se palpa en un ejemplo tan sencillo, ¿cuántas elecciones no se deberán a la suerte, y no a la voluntad popular, en elecciones numerosas y en colegios electorales extensos donde las combinaciones y permutaciones se multiplican infinitamente?

Un sistema que tiene estos defectos no puede ser un sistema recomendable.

Un nuevo ejemplo, que me limitaré a insinuar solamente sin explicarlo en detalle para no perder un tiempo innecesario, comprobará que a medida que las fuerzas en lucha crecen en número, la suerte crece en influencias para

decidir en las elecciones que se verifican por medio del sistema del cociente electoral:

Total de electores=15.
Diputados por elegir=5.
Cociente electoral, 15: 5=3.

Votos	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
	A	A	A	A	A	A	A	A	A	E	E	E	E	E	E
Candidatos	B	B	B	C	C	C	C	C	C	F	F	F	G	G	G
	C	C	C	D	D	D	D	D	D	G	G	G	F	F	F

Si los votos salen en el orden de 1 a 15, serán proclamados los siguientes candidatos: A, C, D, E, G.

Si los votos salen en el orden de 15 a 1, serán proclamados los candidatos: E, F, A, C, B.

Si salen primero los votos pares y después los nones, serán proclamados A, C, E, y los demás candidatos obtendrán: B=2 votos, F=2 votos, D=1 voto y G=1 voto. Quedarán, por lo tanto, dos puestos sin llenar.

Y así sucesivamente.

III.

Sistema del doble cociente. Métodos para subsanar las deficiencias del sistema. El caso de Cuba. La reforma electoral en Francia.

El segundo de los sistemas que tiene su principal fundamento en el cociente electoral es el llamado *sistema de doble cociente* o de *listas concurrentes*.

Brely, al proponer su sistema de listas concurrentes, empieza por sostener que los partidos políticos deben ser organismos legalmente constituídos que sólo pueden tomar parte en el rodaje electoral una vez que su existencia haya sido oficialmente reconocida y debidamente reglamentada. Sobre esta base de que los partidos deben establecerse y determinarse por medio de la ley, funda su sistema de doble cociente.

El sistema de referencia funciona de la siguiente manera:

Antes de la elección cada grupo o partido político debe presentar y publicar una lista de candidatos. Todos los miembros del partido respectivo están obligados a sufragar por esa lista; no pueden ni combinar dos o más listas diferentes, ni suprimir nombres en la lista de su partido. Esa lista, que vale un sólo voto, indica, a la vez, la preferencia de los candidatos (voto único con lista de preferencia).

Verificada la votación, hay que contar los votos emitidos y determinar el cociente electoral del modo que ya se conoce, es decir dividiendo el total de votos por el número de puestos por llenar.

En seguida se ve qué número de votos ha correspondido a cada lista. Conocido el total de sufragios obtenidos por cada lista, se divide ese número de votos por el cociente electoral, y este segundo cociente que se obtenga dará el número de representantes que corresponde a la lista respectiva.

El nombre de doble cociente con que se distingue al sistema, como se habrá comprendido ya, tiene su origen en el número de cocientes que es necesario determinar para saber los representantes que corresponden a cada lista.

Un ejemplo hará mas comprensible la teoría del sistema:

En un colegio electoral han sufragado 4,000 electores para elegir cuatro diputados.

El cociente electoral, o sea el primer cociente es: 4,000: 4=1,000.

La lista del partido A ha obtenido 2,000 votos.

La lista del partido B ha obtenido 1,000 votos.

La lista del partido C ha obtenido 1,000 votos.

Para determinar el segundo cociente, que viene a dar el número de diputados que corresponde a cada partido, hay que dividir el total de votos de la lista respectiva por el cociente electoral, o sea por 1,000, en este caso.

Lista del partido A = 2,000 : 1,000 : = 2.

Lista del partido B = 1,000 : 1,000 : = 1.

Lista del partido C = 1,000 : 1,000 : = 1.

En consecuencia, los cuatro puestos por llenar quedan distribuídos de la siguiente manera:

Al partido A, 2 diputados; al partido B, 1 diputado, y al partido C, 1 diputado.

En el ejemplo propuesto la proporcionalidad ha resultado exacta y la operación ha sido sencilla; pero, en la práctica, por desgracia, los partidos políticos no cuentan con fuerzas proporcionales, de manera que en la generalidad de los casos sucede que—ora porque una lista no alcanza a contener de un modo exacto al cociente electoral, ora porque hay alguna lista que no ha alcanzado a cubrir el mencionado cociente electoral—quedan uno o más puestos sin llenar.

El ejemplo que sigue evidenciará este defecto:

Supóngase que en el mismo caso anterior el resultado de la votación sea:

Por la lista del partido A, 2,500 votos.

Por la lista del partido B, 1,000 votos.

Por la lista del partido C, 500 votos.

El cociente electoral, 1,000, cabrá dos veces en los sufragios del partido A, una vez en los del partido B y ninguna en los del partido C. Queda, por lo tanto, un diputado sin elegir.

Para llenar esa vacante es preciso repetir la elección o aceptar ciertos métodos empíricos, que vienen a violentar los fundamentos mismos del sistema y que no tienen base racional alguna.

* * *

Tres son los métodos que se han propuesto para subsanar este defecto capital del sistema del doble cociente.

1°. *Método de las restas mayores.*—Consiste este método en otorgar los asientos vacantes a las listas que han obtenido las mayores restas después de efectuadas las divisiones para obtener el segundo cociente.

El sistema del doble cociente, completado con este método de las restas mayores, se ha implantado en Cuba.

Para dar una idea más precisa del mecanismo del sistema cubano, copio en seguida un párrafo del estudio publicado en el número de enero de 1912 de la *Revue Politique et Parlementaire*, por el presidente de la Cámara de Diputados de Cuba, don Orestes Ferrara:

" Si no salen elegidos todos los que corresponde, el partido cuya *resta*, después de efectuada la segunda división, es mayor, tiene derecho a un representante más, y así sucesivamente en orden descendente de las restas respectivas hasta llegar al total por elegir. Si aun quedan puestos por llenar, se concede uno más a las listas que no han obtenido resta alguna (división exacta). Y si aun quedan, se vuelve a dar uno más por orden descendente de restas (se repite la operación como la primera vez)."

2°. *Método de las medianías.*—M. Jules Dietz, ha propuesto, para llenar los asientos vacantes, dividir los votos obtenidos por *cada lista* por el número de representantes obtenidos por la lista respectiva, más una unidad, correspondiendo el asiento vacante a la lista que obtenga el mayor cociente. La operación debe repetirse una y otra vez hasta distribuir todos los asientos.

Más adelante y en este mismo párrafo, al estudiar el proyecto de reforma francés, se darán más detalles acerca de este método.

En Ginebra se ha combinado el sistema del doble cociente con el método de las medianías; pero allí, para obtener el cociente electoral, se agrega una unidad más al divisor, es decir al número de representantes por elegir.

3°. *Método del tercer cociente.*—M. Van de Walle, en 1910, comprendiendo que los métodos anteriores eran complicados y deficientes, propuso un nuevo procedimiento que consiste en dividir los *segundos cocientes* de cada lista por el número de representantes obtenidos por la lista respectiva, más una unidad. El primer asiento vacante corresponderá a la lista cuyo tercer cociente sea mayor. Si aun quedan asientos vacantes, se repite una y otra vez la operación.

Ejemplo:

Número de diputados = 3.
Total de votos = 3,000.
Cociente electoral = 1,000.
Lista A = 2,400 votos.
Lista B = 600 votos.

Segundos cocientes:

2, 400 : 1, 000 = 2. 4.
600 : 1, 000 = 0. 6.

Corresponden dos diputados a la lista A y queda un puesto vacante. Para llenarlo conforme el método del tercer cociente se dividen los segundos cocientes por el número de diputados de la lista respectiva más uno:

2. 4 : 3 = 0. 8.
0. 6 : 1 = 0. 6.

El tercer puesto corresponde a la lista que ha obtenido el mayor tercer cociente. La lista A ha obtenido, por lo tanto, los 3 representantes.

El método del tercer cociente, aunque empírico, viene, al fin de cuentas, a dar un resultado equitativo y proporcional. M. Georges Lachapelle ha dado tal importancia a este método—que es sólo un complemento del sistema del doble cociente—que en su libro *La représentation proportionnelle en France et en Belgique,* publicado en París en 1911, ha llegado a considerarlo como un nuevo sistema de sufragio y lo designa con el nombre de "el sistema Van de Walle."

***

El sistema del doble cociente, como ya se ha dicho, ha sido adoptado en Ginebra y en la República Cubana.

En Cuba existía el sistema de voto limitado, establecido por ley de 1902; pero, en vista de las deficiencias de ese sistema y de los numerosos abusos a que su ejercicio se prestaba fué reemplazado por ley de abril de 1908 por el sistema del doble cociente que, según las declaraciones de Orestes Ferrara, está produciendo resultados muy satisfactorios. Es indudable que el cambio del sistema ha significado un gran progreso para Cuba; pero, el hecho de que el sistema adoptado sea mejor está muy lejos de querer significar que sea perfecto o que no tenga numerosos defectos.

En Francia ha sido propuesto el sistema de doble cociente para las elecciones de diputados y fué aceptado ya por la Cámara de Diputados en su sesión del 10 de julio de 1912, por 339 votos contra 217. En el Senado el proyecto de reforma pasó el 14 de noviembre del mismo año al estudio de una comisión especial, presidida por M. Clemenceau. Esta comisión propuso un contraproyecto basado en un cociente electoral especialísimo, que fué estudiado en un párrafo anterior. En la sesión del Senado francés del 18 de marzo de 1913 el proyecto de la comisión fué vivamente combatido por el jefe del gabinete, M. Aristide Briand, y fué apoyado por los senadores Viger (que combatió rudamente el sistema del doble cociente), Clé-

menceau y Peytral. Este último concluyó proponiendo una moción para sostener el principio de elección por mayoría, que fué aprobado por 161 votos contra 128. El Ministerio Briand, primero del período presidencial de M. Raimundo Poincaré, se vió obligado a presentar su renuncia, siendo reemplazado por el que presidía M. Barthou que al aceptar el cargo declaró que sería uno de los objetivos principales de su programa el mantenimiento del proyecto de la Cámara de Diputados. Se ha planteado, pues, una crisis constitucional de difícil solución que hará época en la historia de la Francia contemporánea.

Para el ejercicio del sistema de doble cociente el proyecto de la Cámara de Diputados de Francia propone que la elección se haga por departamentos, cada uno de los cuales formará un colegio electoral, debiendo elegirse un diputado por cada 70,000 habitantes o fracción que no baje de 20,000.

Los candidatos deben ser presentados diez días antes de la elección por 200 electores en una declaración que debe ir firmada por los candidatos en señal de asentimiento y que debe ser registrada en la oficina de la prefectura.

Para subsanar los inconvenientes del sistema, el proyecto contempla tres casos diversos.

Si verificada la operacion del doble cociente resultan puestos vacantes se asigna un asiento a la lista que haya obtenido la mayoría absoluta del número de votantes, siempre que esta lista no haya sido favorecida con la mayoría absoluta del número de asientos por distribuir.

Y si después de efectuada esta operación quedan aun otras vacantes se procede a llenarlas conforme al sistema de *agrupaciones de listas* o—en caso que esas agrupaciones no hayan sido pactadas—conforme al método de las *medianías* o *términos medios*.

Los siguientes datos—tomados del análisis del proyecto, que presentó a la Cámara de Diputados el presidente de la comisión Electoral, M. de Varenne—darán una idea del mecanismo de esos procedimientos.

Se entiende que hay agrupación de listas para llenar los asientos sobrantes cuando al registrarse las listas se declara que se ha acordado efectuar esa agrupación para los efectos legales.

La agrupación sólo tiene lugar cuando quedan asientos por llenar. Producido este caso, se suman los votos sobrantes de las listas agrupadas y si esta suma es igual o mayor que el cociente electoral, la agrupación (no ya una lista), tendrá derecho a un representante más. Ahora, para saber a cual de las listas corresponde ese diputado se procede al cálculo de la medianía.

Si no hay agrupaciones se procede lisa y llanamente al cálculo de las medianías, que se practica del siguiente modo:

Se va otorgando uno de los puestos que faltan a cada una de las listas, y se van efectuando divisiones en las que el divisor es el número de diputados obtenidos por cada lista, más el que se le otorga, y en las que el dividendo es el número de votos obtenidos por esa lista. A la lista que corresponda el cociente (término medio o medianía) más alto, después de efectuadas estas divisiones, le corresponde en definitiva el puesto vacante.

El procedimiento, como se ve, está muy lejos de ser sencillo, aunque en último término viene a dar un resultado muy equitativo.

Se ha tenido que suplir las deficiencias del sistema con estas operaciones complicadas que vienen a confirmar la teoría del error fundamental de la idea del cociente electoral. Habría sido más sencillo, más práctico y más conveniente la adopción del sistema de sufragio que no presenta estos inconvenientes y que me atreveré a recomendar más adelante.

IV.

Sistema de coeficiente.

El tercero y último de los sistemas de sufragio que tienen su principal fundamento en el cociente electoral es el llamado de coeficiente.

Este *sistema de coeficiente* se basa también en la existencia de partidos políticos. El elector debe sufragar por una lista, que vale un solo voto, indicando el orden de preferencia que otorga a los candidatos que en esa lista aparecen.

Para hacer el cálculo hay dos procedimientos diferentes que señalan las dos etapas porque ha pasado este sistema.

Primeramente la operación se hacía del siguiente modo:

El número de votos obtenido por un candidato se dividía por el número de preferencia que a ese candidato correspondía en su lista respectiva, y si el cociente que resultaba, después de efectuada la división, era igual o superior al cociente electoral el candidato se consideraba elegido.

Ejemplo:

El cociente electoral es 1,000. El candidato A obtiene 2,000 votos y ocupa el segundo lugar de preferencia en su lista; el candidato B obtiene 2,700 votos y ocupa el tercer lugar de preferencia en la lista.

Dividiendo 2,000 (número de votos) por 2 (orden de preferencia) se obtiene 1,000, cifra igual al cociente electoral, por lo tanto el candidato A es elegido.

Dividiendo 2,700 (número de votos) por 3 (orden de preferencia) se obtiene 900, cifra inferior al cociente electoral, luego el candidato B no ha sido elegido.

Más tarde, Briand ha modificado la operación, proponiendo que el orden de preferencia del candidato sirva de divisor al número de votos obtenidos por la lista respectiva, y si el cociente que resulta es igual o superior al cociente electoral, el candidato se considera elegido.

Por ejemplo:

El total de sufragios emitidos suma 3,000. El número de diputados por elegir es 3. El cociente electoral será, en consecuencia, 3,000 : 3=1,000.

La lista del partido de mayoría obtiene 2,300 votos y sus candidatos ocupan el siguiente orden de preferencia: primero A, segundo B, y tercero C.

Efectuando la operación se tendrá: 2,300 (votos obtenidos por la lista) dividido por 1, (orden de preferencia del candidato A) es igual a 2,300, cifra superior a 1,000 que es el cociente electoral, por lo tanto A es elegido; 2,300 dividido por 2 (orden de preferencia del candidato B) es igual a 1,150, luego B también es elegido; 2,300 dividido por 3 (orden de preferencia del candidato C) es igual a 766, por lo tanto C no resulta elegido.

Además, la lista del partido de minoría obtiene 700 votos a favor de su candidato D. Efectuando la operación resulta: 700 (número de votos de la lista) dividido por 1 (orden de preferencia del candidato) es igual a 700, cifra inferior a 1,000 que es el cociente electoral, luego el candidato D no ha sido elegido.

En resumen, sólo han sido elegidos los señores A y B, y como eran tres los diputados por elegir, se tropieza de nuevo con el mismo defecto indicado anteriormente, que proviene, como ya se dijo, del error fundamental en que se basa la teoría del cociente electoral.

La comprobación de este defecto insubsanable, de que también padece el sistema de coeficiente, economiza otros comentarios que prolongarían demasiado y sin mayor provecho este capítulo.

CAPÍTULO SEXTO.—SISTEMAS MINORITARIOS RACIONALES.

2°.—Racional del común divisor.

I.

Teoría del sistema del común divisor o de la cifra repartidora de Victor d'Hondt.

Las deficiencias insubsanables en que han incurrido y en que tienen que incurrir todos los sistemas de sufragio que tengan como fundamento el cociente electoral, y la conveniencia y necesidad de encontrar un sistema que ofreciera las garantías suficientes, obligaron a las personas que se han preocupado de esta importante cuestión de derecho público a buscar en otro principio más racional, más elástico y más exacto, la fórmula que debe servir de medida para repartir de un modo proporcional los representantes entre los diversos bandos en lucha.

La teoría del cociente electoral considera sólo al total de votantes y al número de diputados por elegir y se desentiende por completo de la manera como están repartidos entre los diversos partidos o grupos ese total de votantes; de ahí su fracaso en la práctica. Para solucionar esta cuestión precisa encontrar una fórmula, una combinación especial que venga a dar una medida exacta que permita repartir los representantes de un modo proporcional a las fuerzas de las diversas agrupaciones políticas. Por lo tanto, para encontrar esta solución es imposible desentenderse de las fuerzas efectivas y reales de cada uno de los partidos en lucha.

Así lo comprendió el distinguido profesor de la Universidad de Gante, Víctor d'Hondt, al proponer, en 1882, su ingenioso y completo *sistema del común divisor* o de la *cifra repartidora.*

Para comprender más fácilmente la manera como se pudo llegar a una solución satisfactoria voy a poner un ejemplo que inducirá de un modo lógico y sencillo la regla general.

En un colegio electoral hay dos partidos; el partido A obtiene 5,000 sufragios y el partido B obtiene 2,000 sufragios.

Primer caso: Si se trata de elegir un solo diputado el problema no tiene mayor dificultad: el puesto corresponde al partido que obtiene la mayoría de los sufragios.

Segundo caso: Si se trata de elegir 2 diputados, se presenta la siguiente cuestión: ¿debe darse un representante al partido B o deben darse los 2 representantes al partido A?

Para que el partido A tenga derecho a 2 diputados, es preciso que los votos que haya obtenido sean superiores al doble de los que haya obtenido el partido B, pues, de lo contrario el candidato del partido B obtendría mayor número de votos que cada uno de los 2 candidatos del partido A.

En otros términos, en el caso en cuestión la mitad de los sufragantes del partido A deben ser superiores al total de sufragantes del partido B para que ese partido obtenga los 2 diputados.

Veamos si eso es efectivo:

$$5{,}000 : 2 = 2{,}500.$$

Por lo tanto, el partido A puede dar 2,500 votos a cada uno de sus 2 candidatos mientras que el partido B solamente puede dar 2,000 votos a su candidato, luego, en el caso que se contempla, el partido A obtendrá los 2 representantes por elegir.

Tercer caso: Si se trata de elegir 3 diputados, el partido A para obtener los 3 asientos necesita tener un número triple de sufragios que el partido B; es

decir, la tercera parte de los votantes del partido A debe ser superior al total de votantes del partido B.

5,000 : 3=1,666.

Resulta, en consecuencia, que la tercera parte de los votantes del partido A no es superior a 2,000, total de votantes del partido B; luego al partido B le debe corresponder por lo menos un diputado.

¿Y no podrían corresponder 2 diputados de los 3 por elegir, al partido B?

Para que esto sucediera, la mitad de sus fuerzas, 1,000, tendría que ser superior al total de las fuerzas contrarias, 5,000, lo que no sucede. Por lo tanto al partido B le corresponde un solo representante y al partido A le corresponden los 2 restantes.

Cuarto caso: Si se trata de elegir 4 diputados, el partido A para obtener los 4 asientos necesita tener un número de votantes 4 veces superior al partido B.

5,000 : 4=1,250.

Resulta, como se ve, que la cuarta parte de la fuerza electoral del partido A, 1,250, no es superior al total de fuerzas electorales del partido B, por lo tanto al partido B le corresponde un diputado, al cual daría todas sus fuerzas: 2,000 votos, y al partido A le corresponden 3 diputados, dando a cada uno de ellos la tercera parte de sus fuerzas, es decir: 1,666 votos.

Pero, ¿no podría obtener 2 diputados el partido B?

Para eso sería necesario que la mitad de sus fuerzas fuera superior a la tercera parte de la fuerza electoral del partido A, 1,666, pues ésta es la cuota que el patido A da a cada uno de sus 3 candidatos.

2,000 : 2=1,000.

La cifra 1,000, que sería el máximum de sufragios que el partido B podía dar a cada uno de sus 2 candidatos sería inferior a 1,666 que es la cifra que el partido A puede dar a cada uno de sus 3 candidatos; luego el partido B no puede aspirar sino a un representante de los 4 por elegir.

En consecuencia—y esto es fácil comprenderlo si se ha prestado un poco de atención a las operaciones anteriores—el mínimo de votos que ha necesitado un candidato para salir elegido en la elección propuesta es 1,666 votos, que es la cifra que el partido A otorga a cada uno de sus 3 candidatos, cifra inferior a 2,000 que es la que otorga el partido B al suyo.

¿Cómo se ha obtenido esta cifra?

De un modo muy sencillo. Se ha dividido primeramente la fuerza electoral del partido A (5,000) por 2=2,500; se ha dividido después esa misma cifra electoral por 3=1,666; se dividió en seguida la fuerza electoral del partido B. (2,000) por 2=1,000, se comparó a los cocientes obtenidos que son los siguientes:

Partido A.	Partido B.
1) 5,000	
2) 5,000 : 2=2,500	1) 2,000
3) 5,000 : 3=1,666	2) 2,000 : 2=1,000

y se encontró que 1,666 era el mínimo de votos que debía obtener un candidato para ser elegido.

Ahora bien, ¿qué orden ocupa esa cifra entre los cocientes obtenidos? Veámoslo:

1°.—5,000.
2°.—2,500.
3°.—2,000.
4°.—1,666.
5°.—1,000.

Se ve, pues, que ocupa el cuarto lugar en orden de mayor a menor. y como son cuatro los diputados por elegir, hay que concluir que cuando se trata de elegir 4 representantes, la cifra necesaria para ser elegido ocupa el cuarto lugar entre los cocientes obtenidos después de haber dividido el número de sufragios de cada partido por 1, por 2, por 3, etc.

Además, esta cifra cabe 3 veces en el total de votos del partido A y cabe 1 vez en el total de votos del partido B, correspondiendo 3 diputados al primero y uno al segundo, viniendo esta cifra a ser un *divisor común*, una *cifra repartidora* que tiene el privilegio de señalar los asientos que a cada partido corresponden.

En el caso tercero, cuando se trataba de elegir 3 diputados, la cifra 2,000 ¿cumplía con las mismas condiciones que este común divisor que ahora se contempla?

Ya lo creo. La cifra 2,000 ocupaba el tercer lugar entre los cocientes de 5,000 y de 2,000 después de dividir esos números por 1, 2 y 3 y cabía 2 veces en el primero (5,000) y una vez en el segundo (2,000), viniendo de este modo a señalar el número de asientos que a cada partido correspondía.

En el caso segundo, cuando se trataba de elegir 2 diputados, la cifra 2,500 ¿cumplía también con esas condiciones?

También las cumplía, puesto que se encontraba ocupando el segundo lugar en orden de mayor a menor después de dividir a 5,000 y a 2,000 por 1 y por 2, y cabía 2 veces en 5,000 y ninguna vez en 2,000, viniendo a indicar que los 2 asientos debían corresponder al partido A.

Y en el primer caso, finalmente, cuando se trataba de elegir un solo diputado, la cifra 5,000 ¿cumplía con esas condiciones?

Evidentemente, puesto que 5,000 ocupaba el primer lugar, después de dividir a 5,000 y a 2,000 por 1 (número de representantes por elegir), y cabía 1 sola vez en 5,000, indicando, de este modo, que el único candidato por elegir correspondía al partido de mayoría.

Regla general:

De razonamientos análogos a los anteriores sacó d'Hondt la idea de su *sistema de sufragio del común divisor o de la cifra repartidora*, cuya teoría no es sino la regla general que comprende a los casos ya examinados, y que puede enunciarse de la manera siguiente:

Para conocer de un modo racional y preciso el número de representantes que corresponde a cada uno de los partidos o grupos políticos que luchan en un colegio electoral, se divide el número de votos obtenidos por cada agrupación por 1, 2, 3, 4, etc.; los cocientes obtenidos se colocan en orden de mayor a menor y el número que ocupe el lugar correspondiente al número de representantes por elegir, es la cifra que sirve de *común divisor* a los votos de cada agrupación y cuyos cocientes, después de efectuadas las nuevas divisiones, vienen a indicar exacta, matemática y proporcionalmente los representantes que a cada agrupación determinada corresponden.

El sufragio del elector, en este sistema, vale, por consiguiente, por un solo voto: la unidad; pero, como al votar por una sóla persona se tropezaría con la dificultad insubsanable de que habría que repartir muy bien los votos a los electores antes de la elección, cosa imposible y que si pudiera hacerse, podría por sí sóla igualar o superar al sistema más perfecto, es preciso otorgar un voto único con lista de preferencia; es decir, el voto vale por uno, pero el elector, para no desperdiciar inútilmente su fuerza electiva, coloca en su cédula una lista de personas, y así, si el primero ya ha sido elegido se entiende que ha votado por el segundo, etc.

De este modo, el partido o la agrupación presenta un número cualquiera de candidatos, igual o inferior al que corresponde elegir, con la absoluta seguridad de que en ningún caso desperdiciará sus fuerzas; y con la seguridad absoluta de que siempre se le otorgará el número de representantes que legítimamente le corresponde, en proporción a sus fuerzas efectivas.

Deseoso de hacer más inteligible el mecanismo del sistema del común divisor, voy a poner un último ejemplo, basado en el escrutinio de la elección para municipales efectuada en Santiago el 30 de marzo de 1913. De este modo y con la dilucidación de un caso familiar en nuestro medio político, se apreciará con mayor propiedad el funcionamiento del sistema de d'Hondt.

Se trataba, en esa elección, de elegir 30 municipales. Los votos obtenidos por los diversos partidos políticos, en acumulación por 30, conforme a la legislación vigente, quedaron distribuídos en el siguiente orden, de mayor a menor número de votos:

	Votos.
1. Partido Conservador	75, 444
2. Partido Radical	51, 386
3. Partido Nacional	42, 057
4. Partido Balmacedista	35, 460
5. Partido Liberal	34, 359
6. Partido Demócrata	19, 844
7. Partido Socialista	5, 096

En este cómputo he agregado a cada partido, para hacer más sencilla la operación, los votos obtenidos por algunos de sus candidatos que, aunque se presentaron independientes, pertenecían a determinada agrupación política y obtenían el apoyo de sus fuerzas electorales, un tanto indisciplinadas.

En el cómputo anterior, aparece el total de votos obtenidos; pero, como en esas elecciones se acumulaba por 30, el número real de votantes, con el cual se debe operar en los cálculos del sistema del común divisor, es el siguiente:

	Electores.
1. Partido Conservador	2, 514
2. Partido Radical	1, 712
3. Partido Nacional	1, 401
4. Partido Balmacedista	1, 182
5. Partido Liberal	1, 145
6. Partido Demócrata	661
7. Partido Socialista	169

Ahora, ejecutando las operaciones del sistema de común divisor hay que empezar dividiendo el total de sufragios de cada lista por 1, 2, 3, 4, 5, etc., y se obtiene:

División por—	C.	R.	N.	B.	L.	D.	S.
1	2, 514	1, 712	1, 401	1, 182	1, 145	661	169
2	1, 257	856	700	591	572	330	84
3	838	570	467	394	381	220	......
4	628	428	350	295	286	......	......
5	502	342	280	236	229	......	......
6	419	285	233	......	......	......	......
7	359	244	......	......	......	......	......
8	314	......	......	......	......	......	......
9	279	......	......	......	......	......	......
10	251	......	......	......	......	......	......

Colocando, ahora, los cocientes así obtenidos en orden de mayor a menor para encontrar el *común divisor* en el cociente que ocupe el lugar número 30 (número de municipales por elegir) se tiene:

1°	2,514	16	467
2°	1,712	17	428
3°	1,401	18	419
4°	1,257	19	394
5°	1,182	20	381
6°	1,145	21	359
7°	856	22	350
8°	838	23	342
9°	700	24	330
10	661	25	314
11	628	26	295
12	591	27	286
13	572	28	285
14	570	29	280
15	502	30	279

El *común divisor* por lo tanto es la cifra 279 que ocupa el 30 lugar entre los cocientes, en orden de mayor a menor. Este común divisor debe servir de divisor al total de sufragios obtenidos por cada lista para que se sepa cuántos representantes le corresponde a cada una:

Lista Conservadora	2,514 : 279 = 9
Lista Radical	1,712 : 279 = 6
Lista Nacional	1,401 : 279 = 5
Lista Balmacedista	1,182 : 279 = 4
Lista Liberal	1,145 : 279 = 4
Lista Demócrata	661 : 279 = 2
Lista Socialista	169 : 279 = 0
Total	30

En estas operaciones, como se ve, se desprecian las fracciones y se toma en cuenta solamente la cifra exacta, que indica el número de veces que el común divisor está contenido en cada uno de los dividendos. La razón de esto es obvia: no es posible elegir fracciones de representantes.

El común divisor, a causa del método mismo como se obtiene, cabe siempre en los dividendos un número de veces equivalente a su mayor o menor capacidad, dando como suma total de estos nuevos cocientes un número de representantes siempre igual al que corresponde elegir. Nunca quedan asientos vacantes, como sucede en los sistemas examinados en el capítulo anterior.

La proporcionalidad, por otra parte, es en todo caso matemática. Así se ven obligados a reconocerlo hasta los que—por otros motivos un tanto parciales o partidaristas—han combatido este sistema.

Esmein, citando a Klöti, dice con él que el sistema del común divisor, desde el punto de vista de las matemáticas es perfecto; pero que no proporciona representación a *todas* las agrupaciones de minoría, porque esto es sencillamente imposible. Y en realidad imposible y hasta absurdo sería exigir de un sistema de sufragio que proporcionara representación hasta a las agrupaciones que no cuentan con fuerzas suficientes para estar representadas, porque, en último término—y por lo humano que es discrepar en las ideas, aunque sea en los detalles—cada hombre vendría a formar una agrupación separada que pretendería tener derecho para estar representado o comparecer por sí mismo.

No es, ni puede ser eso lo que se persigue con la proporcionalidad en la representación. Se exige solamente que las agrupaciones que tienen fuerzas suficientes para merecer representación, obtengan una representación proporcionada a sus fuerzas efectivas.

Se ha dicho anteriormente que un parlamento debe ser a las opiniones y tendencias del país lo que un mapa al territorio que representa, y del mismo modo que no es posible exigir que aparezcan en ese mapa los riachuelos y los cerrillos insignificantes, cuya proporción no encuentre cabida en la escala del mapa, tampoco es posible exigir que en un parlamento encuentren representación aquellas agrupaciones que no tienen el número suficiente de electores para alcanzar a reunir la cuota necesaria para obtener un representante.

Las agrupaciones que reunen o sobrepasen esa cuota, esas sí que tienen derecho a exigir que se les asegure un número de asientos que corresponda a su importancia; del mismo modo que las montañas, los ríos, las ciudades ocupan en un mapa una extensión matemáticamente proporcional a su magnitud efectiva.

El caso familiar y práctico para Chile, que se acaba de contemplar—y que es uno de los más difíciles que pueden presentarse en la práctica electoral—deja de manifiesto las bondades del sistema.

En él puede verse con toda claridad cómo los partidos nunca malgastarán sus fuerzas y cómo los grupos pequeños jamás obtendrán una representación ocasional que en verdad no les corresponde.

En la elección que ha servido de ejemplo— y que se practicó, como todas las de Chile, por medio del sistema de voto acumulativo—hubo un partido, el radical, que por diversos motivos—el escaso prestigio de algunos de sus candidatos, según unos, la mala dirección o falta de disciplina según otros—obtuvo solamente 3 representantes, en vez de los 6 que le correspondía, porque sus votos se acumularon en exceso a uno de sus candidatos independientes y porque el resto de sus sufragios estaba demasiado repartido entre un número de candidatos mayor que el que correspondía a las fuerzas que acudieron a las urnas. Este defecto permitió que una agrupación, la socialista, que en realidad no contaba con las fuerzas necesarias, obtuviera un municipal que en estricta justicia no le correspondía. Si se hubiera practicado la elección por medio del sistema del común divisor, el caso en cuestión no se habría producido, por la muy sencilla razón de que, en el sistema de d'Hondt, el número de candidatos presentados no puede en ningun caso perjudicar al partido. Los votos no se reparten ni se acumulan. Los candidatos no trabajan aisladamente sino en conjunto. El mezquino interés personalista, el deseo de triunfar a toda costa aunque se dañen los intereses del partido, no encuentran cabida, no pueden encontrarla en este sistema que por el contrario, incita a disciplinarse y obliga a una acción mancomunada y sólida.

Los demás partidos que lucharon en la elección municipal a que hago referencia obtuvieron, más bien por casualidad que por disciplina, una representación proporcionada a sus fuerzas. Y digo que la obtuvieron más bien por casualidad que por disciplina porque, como se recordará, hubo candidatos, dentro de un mismo partido (el nacional por ejemplo) que salieron elegidos con once mil y tantos votos, mientras que otros apenas alcanzaron a obtener una cuota de cinco mil votos.

Al contemplar el caso práctico a que me he venido refiriendo no he querido decir ni por un momento que siente mi ejemplo en datos que vengan a poner de manifiesto que los votos depositados sean los que realmente forman las fuerzas de los diferentes partilos. Lejos está semejante afirmación de mi ánimo que en todo momento ha querido mantenerse alejado de apreciaciones partidaristas que vendrían a contradecir la imparcialidad en que se basa este trabajo. Todos saben, por lo demás, que hubo factores de diverso orden que contribuyeron a dar menor número de sufragios a ciertos partidos que los que

en realidad les correspondia, ora porque sus electores se abstuvieron de concurrir a las urnas, ora porque votaron por candidatos de otros partidos, ora porque algunos candidatos elevaron sus cuotas por medio de la compra de votos. Con el ejemplo propuesto he querido solamente hacer más práctico el estudio del sistema del común divisor con el examen de un caso que fuera conocido y de cierto interés para los lectores.

II

¿Cumple este sistema con los requisitos exigidos?

Para evitar divagaciones inútiles voy a concretarme a demostrar que el sistema del común devisor cumple con todos los requisitos exigidos en el Capítulo Primero, donde se señalaron las condiciones que un sistema de sufragio debía reunir para ser calificado de aceptable o de perfecto.

Requisito 1°.—El sistema del común divisor asegura, como se ha visto ya, la proporcionalidad más absoluta en la representación. Para demostrarlo de un modo matemático no habría sino que elegir dos de las cifras de los partidos del último ejemplo y formar con ellas una proporción matemática con los representantes que les han correspondido para ver si el producto de los *extremos* es igual al producto de los *medios*, con lo cual la proporción quedaría matemáticamente demostrada.

Elíjase dos partidos tomados al acaso, el conservador y el nacional, por ejemplo.

La lista del primero de estos partidos obtuvo 9 representantes con un total de 2,514 votos; pero como sólo necesitó gastar 279 votos (común divisor) para cada uno de sus representantes, ha utilizado únicamente 2,511 votos, sobrándole un *superávit* de 3 votos, que no alcanzan a darle otro representante.

La lista nacional, por su parte, obtuvo 5 representantes con un total de 1,401 votos; pero de estos sólo utilizó 1,395 votos, quedándole un *superávit* de 6 votos, que tampoco alcanzan a dar la cuota necesaria para obtener un representante más.

Fórmese ahora la proporción matemática y multiplíquense los extremos y los medios:

Proporción: $2{,}511 : 1{,}395 = 9 : 5$.

Producto de extremos y medios:

$$2,511 \times 5 = 12,555$$
$$1,395 \times 9 = 12,555$$

Los productos son matemáticamente iguales y la proporcionalidad es también matemática.

Efectuando la operación anterior con cualesquiera otras cifras de las obtenidas en el ejemplo en estudio, se comprobará que los resultados y las proporcionalidades son siempre matemáticas.

Requisitos 2°. y 3°.—Dificulta en lo posible el cohecho y el fraude, puesto que tanto el uno como el otro se ejecutan en las elecciones por los candidatos o a favor de los candidatos que tienen un interés personal o, mejor dicho, personalista en que se realicen en servicio de ellos todos los medios, por ilícitos que sean, para obtener un éxito en las urnas.

Desapareciendo esta influencia directa de los candidatos, desaparece también el peligro de su inmediata intervención en el manejo de la campaña electoral, que trae como consecuencia lógica la frecuente violación de la ley o el ejercicio de medios censurables para obtener ventajas denigrantes.

Para que hubiese cohecho y para que hubiese fraude en la práctica de nuestro sistema, sería necesario que la dirección misma del partido los autorizara o los patrocinara, y esto es más difícil, aunque no es imposible, porque, como se dijo

anteriormente, hay males políticos que, como ciertas enfermedades, no pueden ser eliminadas en absoluto en el grado actual de progreso de la humanidad.

Requisito. 4°.—Ofrece una sencillez al alcance de todos los electores, puesto que como se verá con mayor claridad en un párrafo especial más adelante, éstos se limitan a votar por la lista que les satisface y puesto que las operaciones posteriores, que podrían considerarse un tanto complejas, están a cargo de juntas que tienen la ilustración suficiente para saber sumar y para saber dividir por números pequeños.

Requisito 5°.—Da un valor único a todos los votos sea cual fuere el colegio electoral o el departamento en que se vote, y sea cual fuere el número de representantes por elegir. La lista no significa que cada nombre valga un voto; el voto es la lista completa, y los diversos nombres sólo tienen importancia para determinar la preferencia dentro de la lista.

En otros términos, el elector tiene siempre derecho a *un solo voto;* pero, para que no se pierdan los sufragios dentro de un mismo partido y para completar después el número de representantes que ha correspondido a la agrupación, se otorga el derecho de colocar en la cédula una lista; con lo cual se indica que si el candidato de preferencia ya ha obtenido la cuota necesaria, se entiende que se ha votado por el que sigue, etc. (voto único, con lista de preferencia).

Rquisito 6°.—Asegura en cada colegio la igualdad en la cuota necesaria para ser elegido. Jamás habrá acumulaciones dañosas; todos salen elegidos con una cifra matemáticamente igual, porque los votos de una lista se reparten por iguales partes, de acuerdo con el común divisor, entre los candidatos favorecidos dentro de esa lista.

Ni la excesiva popularidad ni la ambición personal—que en el sistema de voto acumulativo tienen el inconveniente de agrupar los sufragios a favor de una persona y en desmedro de los intereses del partido—tienen importancia alguna en este sistema. El voto a favor de un candidato se sufragará siempre en beneficio de toda la lista; el trabajo a favor de un candidato determinado será siempre en beneficio del partido.

Tampoco hay el peligro de que, por haberse presentado muchos candidatos, se repartan los sufragios y no alcancen algunos de ellos a obtener la cuota necesaria. Sea cual fuere el número de candidatos presentados los elegidos serán siempre los mismos. No se perjudican en nada los unos a los otros, al contrario, se favorecen acrecentando con sus fuerzas personales los sufragios a favor de su partido.

Requisito 7°.—A consecuencia de las mismas razones anteriores, el sistema permite la elección de los candidatos prestigiosos y populares sin que esa popularidad, como en el sistema de voto acumulativo, pueda redundar, ni remotamente siquiera, en perjuicio del resto de los candidatos del partido.

Establecida cierta preferencia dentro de la lista y obtenido cierto cociente de representantes a favor de esa lista, serán elegidos los que tengan la preferencia establecida, en la forma que se verá después, hasta completar el número señalado por el cociente.

Requisito 8°.—Evita el contacto directo entre el candidato y el elector. Si el candidato trabaja personalmente tiene que hacerlo por medio de su partido y en beneficio de él, evitándose así que los electores poderosos o influyentes coarten la futura libertad de acción de los representantes y evitando, al mismo tiempo, que los electores pospongan su opinión ante el oropel de una promesa o ante el sonido de unas cuantas monedas.

Requisito 9°.—Impide en cuanto es posible, que los partidos políticos se debiliten o que la indisciplina penetre en sus filas. Los candidatos no pueden trabajar sin el amparo de su partido o sin beneficiarlo al buscar su propio beneficio.

Requisito 10°.—Asegura finalmente como se ha repetido varias veces el más perfecto aprovechamiento de las fuerzas del partido. La ausencia absoluta del peligro de las acumulaciones a favor de un candidato y la imposibilidad de que los sufragios se repartan entre un número excesivo de pretendientes a los puestos electivos hace que el monto de la fuerza electoral se compute a la lista entera, la cual, en virtud de una operación posterior, viene a determinar matemáticamente el número de representantes que corresponde al partido.

El sistema de d'Hondt, en consecuencia, cumple con todos y con cada uno de los requisitos exigidos. Es garantía para los candidatos, para los electores y para los partidos. Es sencillo, es racional y asegura la proporcionalidad más perfecta.

III.

Objeciones.

No sería justo dejar de enumerar las objeciones que se han hecho al sistema de d'Hondt, aunque esas objeciones, como se verá en seguida, no tienen la importancia ni la exactitud que algunos pretenden atribuirles.

Cinco son las objeciones hechas al sistema del común divisor, a saber: 1ª, que no consulta ni permite el triunfo de los candidatos independientes; 2ª, que en algunos casos deja sin una solución racional a los empates que pueden producirse para llenar la última vacante; 3ª, que no determina un orden riguroso para saber quienes son los elegidos en una lista determinada; 4ª, que coarta la libertad de los electores porque les obliga a elegir una lista, impidiéndoles que formen ellos una combinación a su antojo, y 5ª, que es muy complicado y que requiere, por lo tanto, una preparación especial.

Con la *primera objeción* de las enumeradas se pretende hacer creer que el sistema del común divisor no consulta en su mecanismo ni permite el triunfo de las candidaturas independientes. Un sencillo ejemplo hará ver de un modo evidente que este defecto que se supone al sistema que me permito recomendar carece en absoluto de fundamento.

Supóngase una lucha electoral entre el partido A y el candidato independiente B en una circunscripción donde se trate de elegir 2 diputados. La lista del partido A obtiene 300 votos y el candidato independiente B obtiene 200 votos. Dividiendo por 1, 2, 3, etc., se tiene:

	A	B
Dividiendo por 1=	300	200
Dividiendo por 2=	150	100
Dividiendo por 3=	100	66

Colocando los cocientes obtenidos en orden de preferencia resulta:

1°.—300
2°.—200
3°.—150
4°.—100
5°.—100
6°.— 66

Como se trata de elegir dos diputados, el común divisor es el cociente que ocupa el segundo lugar, es decir, 200; que cabe una vez en 300 (número de sufragios obtenidos por el partido A), y una vez en 200 (número de votos obtenidos por el candidato independiente B).

Se ve pues que el candidato independiente puede ser elegido sin que para ello necesite otra cosa, como es lógico, que obtener un número de votos que contenga la cifra que sirva de común divisor.

Las candidaturas independientes sin fuerzas electorales y sin ambiente en la opinión, esas sí que tendrán que fracasar, del mismo modo que los partidos políticos fracasarán también, si no cuentan con un número de electores suficiente.

El único inconveniente que pueden presentar las candidaturas independientes es el de que el candidato obtenga un número de votos muy crecido y que pierda, de esta manera, parte de su fuerza electoral que pudo ser aprovechada en la elección de otra persona. Pero este inconveniente no nace de un defecto del sistema, sino de una deficiencia de la lista presentada, en la cual se colocó un solo nombre cuando había fuerza sobrada para obtener dos o más, como sucedería en el ejemplo anterior si se tratara de elegir 5 o 6 representantes.

Esto mismo puede acontecer a una lista que tenga fuerza para más de un representante y que sólo presente un candidato. De ahí la conveniencia de colocar siempre en las listas un número de candidatos superior al que se crea tener derecho. Teniendo esta precaución—que en nada perjudica al resultado final, como ya se ha visto—se tendrá siempre la seguridad de no quedarse en el hecho sin los representantes que le fueron otorgados a la lista en el escrutinio.

Por otra parte, en el Código Electoral se pueden consultar disposiciones que subsanen este inconveniente, que no nace de un defecto del sistema sino de la falta de previsión de los partidos o de los candidatos independientes.

La *segunda objeción* hecha al sistema del común divisor se basa en que puede presentarse el caso de que el divisor común que se obtenga corresponda a una o más listas resultando, de este modo, más candidatos elegidos que los asientos por llenar.

Supóngase, que en el ejemplo anterior se tratara de elegir 4 diputados. El común divisor sería la cifra que ocupara el cuarto lugar en orden de mayor a menor. En este caso 100. Pero, sucedería, como se ve, que la cifra 100 también está colocada en el quinto lugar, por lo cual, al verse el número de veces que el común divisor cabe en el número de votos obtenidos por los partidos A. y B; se tendría que cabe 3 veces en 300 y 2 veces en 200, lo que da un total de 5 diputados, y, como no se trata de elegir sino 4, habría un diputado sobrante.

Este defecto innegable no es sin embargo una razón que pueda aducirse en contra del sistema. Todos los sistemas de sufragio están expuestos a incurrir en un caso análogo. Y ello es natural, el defecto no nace ni del sistema ni de su mecanismo, sino de las matemáticas que a fuer de ciencias exactas permiten que existan cantidades que siendo iguales entre sí producen efectos también iguales.

El inconveniente del empate, si lo hubiera, se encuentra, pues, en las matemáticas mismas y no en el sistema de d'Hondt.

Para subsanar este inconveniente, que sólo se presenta en muy raras ocasiones, pueden adoptarse dos caminos diversos: o bien se acuerda que sea la suerte (sorteo) la que defina a quien corresponde el puesto en discusión, ya que fué la buena o mala suerte la que hizo que el empate se produjera; o bien se resuelve que el asiento en cuestión sea otorgado a la lista que ha obtenido mayor número de representantes, favoreciéndose así a los partidos de mayoría, ya que son las mayorías poderosas y definidas las que fortalecen y consolidan el Gobierno en los Parlamentos.

Aunque una y otra solución pueden encontrar amplia acogida, parece innegable que la última solucion debe preferirse a la anterior. Siempre, en caso de empate, se acostumbra repetir la votación para que se defina el asiento discutido, y repetida la elección para definir el empate vencerá la agrupación política que tenga mayoría, es decir, aquella cuya lista obtuvo mayor número de

puestos. Otorgando desde luego el asiento discutido a esa lista de mayoría se evita una elección y se soluciona el asunto con criterio equitativo y justiciero.

Se basa la *tercera objeción* en que el sistema del común divisor no consulta un orden riguroso para dar a conocer, dentro de una lista determinada, quiénes son los candidatos elegidos y quienes los no elegidos.

Por ejemplo, supóngase que una lista haya obtenido 5 puestos y que haya presentado 10 candidatos. ¿Cuáles de esos 10 serán los elegidos?

Este asunto, que no es un defecto del sistema mismo, sino que es simplemente una cuestión de acuerdo que debe ser resuelta en el Código Electoral, puede solucionarse de dos maneras.

Si se da mayor importancia a los acuerdos de los partidos políticos que al deseo de los electores, se puede disponer que los partidos o agrupaciones, al presentar sus listas, fijen un orden de preferencia y de este modo se tendrán por elegidos los candidatos que ocupen los primeros puestos hasta completar el número de asientos que haya correspondido a la lista.

Pero si se da más importancia al deseo de los electores que al acuerdo de las agrupaciones políticas, se puede disponer que el elector, al sufragar, coloque un número de orden al lado de cada nombre de la lista, entendiéndose que se acepta el orden en que los candidatos estuvieren colocados, si no se cumpliera con esta disposición. Y así, los que han obtenido las preferencias hasta completar el número que haya correspondido a la lista serán los elegidos.

Esta última solución es más complicada y dificultosa que la primera. La primera, además de ser muy recomendable por su sencillez y comodidad, lo es también porque tiende grandemente a producir y conservar la disciplina y la solidaridad en las agrupaciones políticas.

Con la *cuarta objeción* se pretende aseverar que el sistema del común divisor coarta la libertad del elector, impidiendo que éste forme una lista a su antojo en la cual pueda colocar nombres de candidatos que hayan sido presentados en listas diferentes o que no hayan sido presentados en ninguna.

Los que hacen semejante objeción olvidan que en este sistema un elector de cualquier distrito del país tiene facultad para delegar sus derechos de ciudadano *en una sola persona*. Ahora bien, para que no se pierdan votos y para que las agrupaciones políticas no malgasten sus fuerzas, se da a los electores el derecho de colocar en su cédula una lista de preferencia, entendiéndose con esto que si la persona por él designada ya, ha obtenido la cuota suficiente para ser elegida, se considera que ha votado por la que va en segundo lugar y así sucesivamente (voto único con lista de preferencia).

El elector puede, por consiguiente, o ejercer un derecho restringido votando por una sola persona y colocando un solo nombre en la cédula, o ayudar con su contingente a una lista determinada para que su fuerza tenga mayor rendimiento e influencia más eficaz.

No habría, pues, inconveniente alguno en permitir al elector que votara por la persona que él quisiera, como lo desean los señores objecionistas; pero, en este caso, por desgracia, ese voto tendría que ser considerado como una lista aparte y en la mayoría de los casos se perdería inútilmente.

Se ha propuesto también, para dar cabida a esta pretendida libertad del elector, que se permita a los ciudadanos votar o por una lista de las presentadas o por un candidato cualquiera de su simpatía; pero, si este candidato figura en alguna de las listas presentadas se considera ese sufragio como emitido a favor de la lista que lleve el nombre de ese candidato.

El escrúpulo que ha servido de base a la objeción, como se ve, no tiene mucho fundamento y puede ser fácilmente remediado.

IV.

Su sencillez y practicabilidad.

La *quinta objeción* de las enumeradas, por ser la que se hace con más frecuencia y con mayor insistencia, merece párrafo aparte.

Los aficionados a opinar sobre todo lo que se les presente, sin tomarse jamás la molestia de examinar o de estudiar las cosas con detenimiento y con imparcialidad, han supuesto que el sistema de d'Hondt es muy complicado y que su ejercicio necesita una preparación especial.

Nada mas erróneo, sin embargo. Para demostrarlo me bastará hacer una especie de paralelo entre este sistema y el de voto acumulativo, siguiendo todos los trámites de una elección en cualquier departamento de Chile, y comparando en cada momento la sencillez de uno y de otro sistema de sufragio.

En el sistema de voto acumulativo el elector debe ir ante la Mesa Receptora de sufragios, elegir una de las cédulas que hay en el pupitre y depositarla en la urna. En el sistema del común divisor el elector irá hasta la Mesa Receptora de sufragios, elegirá una de las cédulas que habrá en el pupitre y la depositará en la urna. En uno y otro caso el sufragio del elector y la sencillez de la operación son idénticos. Hay que confesar, por lo tanto, que para los sufragantes el quehacer y la facilidad no aumenta ni se complica.

Concluida la recepción de los sufragios la Mesa respectiva debe, en el sistema de voto acumulativo, contar los votos que han correspondido a cada uno de los candidatos y efectuar la suma, levantando las actas que ordena la ley. Pues bien, en el sistema de común divisor, la Mesa se limitará a sumar las cédulas depositadas a favor de cada lista y levantará las actas correspondientes. La operación, en este punto, se simplifica en vez de complicarse, puesto que en el sistema de voto acumulativo cada cédula lleva diversos nombres acumulados de diversa manera, debiendo sumarse los sufragios emitidos a favor de cada candidato, mientras que en el sistema de d'Hondt hay que limitarse a sumar las cédulas a favor de cada lista, sin tomar en cuenta los candidatos, que son los mismos en las listas de cada partido.

Las operaciones se acortan y las sumas son menores y más sencillas. Las dificultades, por lo tanto, disminuyen en vez de aumentar.

Después de esto, en el sistema de voto acumulativo, debe reunirse al Colegio Electoral para sumar, a su vez, los votos emitidos en cada Mesa Receptora a favor de cada uno de los candidatos, debiendo proclamar a los que obtengan las más altas mayorías. Las sumas, por lo general, son muchas y la operación, siempre sencilla en teoría, resulta bastante difícil en realidad. Pues bien, en el sistema del común divisor se reunirá el Colegio Electoral y sumará las cédulas obtenidas por cada lista en las Mesas Receptoras, lo mismo que anteriormente, pero simplificándose bastante la operación porque las sumas serán mucho menos numerosas y mucho más sencillas, por ser menores y menos numerosos los sumandos.

Pero, después de efectuadas esas sumas, es decir, después de conocidos los totales que a cada lista corresponden en el sistema de d'Hondt es necesario dividir esas cantidades por 1, 2, 3, 4, etc., hasta obtener el común divisor, y dividir nuevamente el total de sufragios de cada lista por este común divisor para saber el número de representantes que a cada una corresponde.

¿Dónde está, pues, la mayor dificultad? ¿Acaso los miembros del Colegio Electoral que hoy efectúan las interminables y complicadas sumas no sabrían efectuar unas cuantas divisiones entre dividendos relativamente pequeños y divisores insignificantes? ¿Y no hay, por otra parte, *reglas de cálculo* de fácil manejo que abreviarían, simplificarían y hasta mecanicanizarían la operación?

La gran complicación del sistema, de que se hace alarde, no es sino una errónea suposición sin fundamento alguno. Y la preparacion especial que se pretende necesaria se limita solamente a saber dividir cantidades pequeñas por 1, 2, 3, 4, 5, etc.

A pesar de todas las ventajas que asegura el sistema del común divisor y a pesar de que las objeciones que se le ha hecho no tienen ningún fundamento serio, hay quienes afirman que el sistema no es practicable en los países jóvenes porque aun les falta educación electoral. Y esas mismas personas aconsejan que debemos conservar el sistema de voto acumulativo, por ejemplo, que, como se ha visto, necesita de mucha más disciplina, de mucha más honradez, lealtad y conocimientos para que pueda funcionar con mediana corrección.

¿No estamos preparados? He aquí un razonamiento que me hace recordar una comparación de Unamuno. Esto—dice el catedrático de Salamanca, refiriéndose a la prohibición que se hace a los niños para leer a los clásicos, porque . . . no están preparados—esto es lo mismo que dar leche con agua a los muchachos porque la leche pura los puede indigestar . . .

V.

Reseña del establecimiento y de la práctica del sistema.

El profesor de la Universidad de Gante, Víctor d'Hondt, propuso el sistema del sufragio de común divisor o de la cifra repartidora en un artículo titulado *Système pratique et raisonné de représentation proportionnelle,* publicado en 1882 en la *Revue Proportionaliste.*

Apenas enunciado el sistema de d'Hondt, la Asociacion Reformista Belga acordó patrocinarlo e inició una campaña en pro de su adopción como sistema general para todas las elecciones populares que se establecieran en Bélgica.

Tres años más tarde, en 1885, la Conferencia Internacional de Ambéres confirió al sistema del común divisor el alto honor de recomendar su establecimiento en la tercera de sus conclusiones que dice:

> Reservando a cada país, en cuanto a la ejecución práctica, la facultad de tomar en consideración las exigencias particulares, se reconoce por todos, sin embargo, que el sistema d'Hondt de la concurrencia de listas con cifras repartidoras (adoptado por la Asociación Reformista Belga) constituye un progreso esencial sobre los sistemas anteriormente propuestos, y puede realmente asegurar la proporcionalidad en la representación.

La perseverancia y el vigor de la campaña emprendida por la Asociación Reformista y el camino que por la fuerza de las cosas tiene que abrirse la verdad al través de la ignorancia y de las conveniencias mezquinas, obligaron a los legisladores belgas a adoptar, en la ley de 12 de setiembre de 1895 (artículos 43 y siguientes), el sistema de d'Hondt para las elecciones comunales.

Cuatro años más tarde, por ley de 29 de diciembre de 1899, se cambió el antiguo título XI del Código Electoral de Bélgica por otro titulado: "Representación Proporcional" en que se estableció el sistema del común divisor para las elecciones legislativas (artículos 253 a 267).

La campaña constante y enérgica de la Asociación Reformista obtuvo, de este modo, el mejor de los éxitos imaginables.

Sin embargo, el triunfo de la verdad y de la justicia, en este caso, como siempre, no fué fácil. La nueva reforma encontró viva oposición en el Parlamento de Bélgica. Fué necesaria la intervención enérgica y decidida del Gobierno para que la reforma fuese aceptada por las Cámaras Legislativas.

Como dato ilustrativo y educativo para nuestros hombres de gobierno, copio, para terminar algunos párrafos del brillante discurso pronunciado por el

Ministro de Bélgica, M. Van de Heuvel, pocos días antes que el proyecto fuera ley, en la sesión celebrada por el Senado el 21 de diciembre de 1899:

Es por estas diversas razones, señores, que el Gobierno no ha vacilado en dar la preferencia al procedimiento d'Hondt. El sistema del honorable profesor de la Universidad de Gante tiene la superioridad de dejar el menor número de votos perdidos y de escoger una cifra divisora que permite medir todas las partes, por así decirlo, con una misma medida. Él ha sido adoptado por la Asociación Reformista, que se ha constituido hace muchos años en Bélgica para propagar la representación proporcional y que está compuesta por hombres de todos los partidos.

. En fin, él tiene un mérito práctico muy grande: está incorporado ya en nuestra ley comunal; es conocido por todos; ha sido puesto en práctica y yo no creo que su funcionamiento haya provocado serias objeciones.

Y al terminar su discurso agregó:

Yo espero que nuestro edificio político nacional vaya, como lo he formulado no ha mucho, elevándose siempre más y más.

Un progreso real se verificará el día en que cada ciudadano se sienta representado, el día que no haya votos perdidos, el día que cada elector pueda decir: "yo tengo en el Parlamento alguien que defiende mis ideas, que expone mi programa, que se esfuerza en realizar mis aspiraciones!"

Sí, si el Senado vota esta reforma, un nuevo y grande paso se habrá dado en el camino de la sinceridad del régimen representativo y también, yo puedo afirmarlo, en el camino de la justicia.

CONCLUSIÓN.

Sin perjuicio de las medidas particulares que sea necesario consultar en cada nación para que su sistema electoral se practique satisfactoriamente propongo que el Congreso recomiende a las Repúblicas Americanas la adopción del sistema de sufragio ideado por M. Victor d'Hondt, que basándose en la concepción de un "común divisor" o "cifra repartidora," que se determina de nn modo sencillo y racional, presenta grandes ventajas sobre los demás sistemas conocidos, y asegura prácticamente la proporcionalidad en la representación.

CONVENIENCIA DE UMA CADEIRA DE SOCIOLOGIA NO CURSO DE DIREITO.

Por REYNALDO PORCHAT,

Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Brasil.

Comprehendendo a necessidade de applicar o methodo scientifico em todas as investigações ácerca da classe mais elevada dos departamentos do saber humano, a alta mentalidade de Augusto Comte, na sua monumental synthese philosophica, consagra as opulentas paginas de tres substanciosos volumes á demonstração de que os phenomenos sociaes constituem o conteudo de uma nova sciencia—a sociologia—que, collocada no ponto mais elevado da classificação encyclopedica, vem satisfazer plenamente aos intuitos da intelligencia, desdobrando deante della um oceano de ideas e conhecimentos, que nos apresentam uma das faces mais interessantes e mais complexas em que se desenvolve a agitada existencia do homem.

Lançados, com solida estructura, os fundamentos da sciencia social, estavam descerrados amplos horisontes aos olhos do espirito investigador. E a despeito dos rudes embates que teve de supportar na lucta pela sua existencia, esboroando vetustas theorias accumuladas pelas forças conservadoras dos seculos, e incinerando nocivos preconceitos de eras remotas, foi a sociologia vencendo toda sorte de obstaculos, que lhe embargavam a marcha prodigiosa, e hoje

se apresenta imponente e triumphadora, depois dos analyticos trabalhos de Spencer, occupando um logar de honra no mappa das verdadeiras sciencias.

Embora o conceito de Comte, indicando a extensão do objecto dos estudos sociologicos, não tenha sido adoptado pela generalidade dos sociologos contemporaneos, que tacharam de exaggerado o modo pelo qual elle considera a unidade dos phenomenos sociaes, cuja ligação intima, segundo o seu pensar, importa a impossibilidade ou esterilidade de estudos parciaes que constituam outras sciencias sociaes particulares, todavia, a esphera em que se desenrola a acção da sociologia, tal como se acha hoje conceituada, principalmente pelos mais abalisados membros do Instituto Internacional de Sociologia de Paris, tem ainda a amplitude sufficiente para legitimar-lhe a posição de superioridade que occupa entre as outras disciplinas que estudam os factos da sociedade, fornecendo-lhes o conhecimento das leis geraes que regem a organisação, a estructura e o desenvolvimento progressivo da associação humana.

Com effeito, a sociologia, da posição na hierarchica em que é collocada no quadro dos estudos sociaes, mantem-se em um ponto de vista mais elevado, encarando, em suas linhas geraes, o conjuncto organico dos phenomenos; mas essa qualidade preeminente que se lhe reconhece, não importa, como pretendem alguns autores, acompanhando o grande philosopho francez, a negação das outras sciencias particulares, com escopos mais especialisados, porém perfeitamente distinctas e autonomicas, como a economia politica, a moral, a esthetica, a politica e o direito.

Mas, si o direito abrange um importante grupo de factos e relações sociaes, que podem ser estudados scientificamente, com o methodo e os processos que a logica legitíma, porque será que os juristas são ainda recebidos com injustificavel desconfiança, por parte dos representantes das sciencias physicas e naturaes, e não se lhes poupam censuras e remoques, quanto ao seu papel na contribuição dos elementos com que concorrem para a integralisação do saber, que se synthetisa na philosophia geral?

Ainda em sua ultima obra, dada á publicidade em 1902, *Os enigmas do Universo*, Ernesto Haeckel, apontando as lamentaveis imperfeições da politica, attribue o mal, com severa e rude franqueza, ao facto de ser a maior parte dos funccionarios composta precisamente de juristas, homens destituidos de conhecimentos aprofundados da natureza humana, bem como das relações sociaes. E Guilherme de Greef, no seu brilhante estado sobre *As leis sociologicas*, traça as suas primeiras palavras, affirmando, desde logo, que os juristas, os legistas e os politicos possuem as mais confusas noções sobre o que seja uma lei.

É preciso, pois que os juristas se dediquem resolutamente ao estudo dos problemas juridicos, collocando-os sob o mais alto ponto de vista scientifico, afim de que lhes não possam attingir as criticas que até aqui se lhes tem irrogado.

Para isso é mister collocar a sciencia do direito em harmonia com todos os conhecimentos attinentes ao homem e ao conjunto das influencias externas, subordinando-a aos dados de toda a philosophia organica e inorganica, estreitando as suas relações com a sciencia geral da sociedade, para receber o influxo directo desta, não só no que concerne aos methodos de estudo, senão tambem no tocante aos principios já por ella proclamados.

Não é possivel a uma sciencia manter-se em um incomprehensivel estado de separação e de afastamento, deante da unidade profunda da realidade universal; e as tendencias egoisticas, exaggeradamente pretenciosas, que dominaram, em certas epocas, a biologia e a psychologia, pondera Gabriel Tarde, arrastaram-nas aos velhos principios do vitalismo, e á confusão deploravel de um espiritualismo mal entendido. Por isso, a sciencia juridica, que se consub-

stancia, quanto á indagação das leis e das causas dos seus phenomenos, na philosophia do direito, só pode e deve ser convenientemente estudada em face dos resultados obtidos pela sociologia. O direito, sendo um phenomeno eminentemente social, não pode ser satisfactoriamente comprehendido, sem o conhecimento da natureza da sociedade, que é o meio em que elle se realiza.

Sociedade e direito são ideas correlativas; e se ha uma sciencia que tem por objecto os actos da sociedade em geral, é evidente que deve relacionar-se com aquella cujo objecto é o phenomeno juridico em particular.

Entretanto, os juristas nem sempre se deixaram dominar pela evidencia desta verdade.

E é bem conhecida, por ter sido divulgada em a notavel obra de Giddings, a attitude de Van Der Rest, no discurso inaugural da abertura da Universidade de Bruxellas, oppondo-se com severidade ás idéas de De Greef, que, como infatigavel apostolo da nova sciencia, propugnava a creação especial de cadeiras para o ensino da sociologia.

Ha, da parte de grande numero de jurisconsultos, pondera René Worms, um dos talentos mais fulgurantes entre os doutrinadores modernos alguma incredulidade, e mesmo desconfiança contra as tendencias da sociologia. Parece-lhes que ella pretende substituir-se aos outros estudos sociaes, e inquietos, e como apavorados, vêm a onda crescente do seu progresso. Mas é uma pura illusão em que se mergulha a preoccupação dos juristas. A actividade do sociologo, que se desdobra pela ampla esphera da phenomenalidade social, encontra-se com a do jurista, que se especialisa nos dominios onde surge e se desenvolve o direito, e ambas vão, intimas e harmonicas, trocando em auxilio as reciprocas opulencias conquistadas, levar o seu tributo para o engrandecimento e unidade da philosophia geral.

Nessa bellissima cooperação, que tambem offerece deleitosos encantos aos espiritos elevados e cultos, vêm-se as duas sciencias, ligadas fraternalmente, trabalhar em busca da realisação dos seus fins, aproximando-se constantemente no vasto campo de suas elocubrações, mas respeitando, cada uma, as linhas definidas que demarcam o ambito de seus respectivos objectos. Assim, desenvolvendo-se a sciencia juridica, individuada e autonomica, livre dos receios de possiveis invasões, marcha soberanamente, dentro na área que lhe é assignalada, investigando a natureza dos phenomenos juridicos, procurando as relações necessarias que delles derivam, e descobrindo as leis fundamentaes que os governam. Mas o jurista philosopho, para conhecer convenientemente esses phenomenos, para observar com vantagem esse tecido de relações, e para formular nitidamente as leis induzidas, precisa projectar as suas vistas em regiões ainda mais alevantadas, indagando a origem das instituições, a razão de ser do seu apparecimento, a evolução por que passaram nos diversos periodos historicos, as modificações que foram soffrendo com a successão das edades, e as causas de ordem physica, psychica ou social que se constituiram factores dessas grandes transformações exigidas pela lei da adaptação, tão proficientemente estudada por Miguel Angelo Vaccaro.

As notaveis obras de d'Aguanno, de Cimbale, de Carle, de Sumner Maine, de Hermann Post, revelam as racionaes direcções que solicitam modernamente os estudos juridicos, demonstrando os optimos recursos que se colhem de um exame positivo da vida social.

Si o direito é um producto da sociedade, e si não é possivel conceber-se a sua realidade concreta fóra do meio onde coexistem os homens, é bem certa a affirmação de Anzillotti, de que não seria possivel uma explicação verdadeira, completa, exhaustiva do phenomeno juridico, se não se attendesse aos dados fornecidos pela sociologia, essa sciencia elevada e synthetica, que imprime sobre as outras disciplinas sociaes particulares uma acção directora e coordenadora, que

as illumina e as reune em uma cooperação harmonica, coroando, com a generalidade dos seus principios, o conjuncto dos resultados obtidos pelos estudos epeciaes.

Dessa systematisação de conhecimentos, promovida pelo influxo altamente benefico que a sciencia da sociedade exerce sobre o espirito investigador, derivam-se os novos moldes sobre os quaes se calcam os trabalhos dos juristas-philosophos, a seducção irresistivel e dominadora, que os conduz a descortinar todas as verdades occultas nos meandros muitas vezes inextricaveis dessa massa ingente de relações sociaes, a tenacidade do esforço com que, em labutações pacientes, e em meditações noblissimas, vão procurando desvendar as causas productoras dessas regras de conducta, que são tão essenciaes á coexistencia dos homens, como a circulação sanguinea o é para a vida dos individuos, ou como a força de gravidade o é para a harmonia do universo.

"Cabe assim, á sciencia da sociedade," observa o sociologo brasileiro Dr. Paulo Egydio, "um singular e extraordinario destino: o de reformar a orientação dos pensadores, remodelar as bases das concepções scientificas, e, por ultimo, regenerar o systema de estudos fragmentariamente effectuados sobre os phenomenos da sociedade humana tão indissoluvelmente ligados entre si."

E o direito, que é "a força especifica do organismo social," na phrase elegante de Ardigò, não póde continuar a ser considerado como um tecido de conceitos abstractos e aprioristicos, mas deve corresponder positivamente ás condições reaes do meio em que surge, onde, se é verdade que está sujeito a leis que lhe são caracteristicas e proprias, tambem está dominado, em sua producção, differenciação e fixação, pelas leis geraes que regem todos os phenomenos sociaes.

O jurista, então, cujo papel no mundo scientifico não deve amesquinhar-se á funcção de um simples indicador de factos mais ou menos bem observados, eleva-se, armado de seguros methodos, á alta região onde a philosophia paira á conquista de verdades para condensar em principios, e ahi, movido por essa curiosidade indomavel de saber, que tanto nobilita os espiritos e glorifica a humanidade, volve as vistas para a sociologia, e illuminado pelas claras irradiações que della se projectam, habilita-se a dar explicação condigna e completa a esse phenomeno importantissimo, que occupa especialmente a sua attenção. Vê o direito em suas variadissimas manifestações, envolvendo-se em todos os movimentos da actividade social, e relacionando-se com todos os demais phenomenos que constituem o objecto das outras sciencias particulares, e quer determinar a posição que elle occupa e a natureza dessas relações; mas, por isso mesmo que e essa uma questão que envolve o cohecimento do organismo, em que surgem e se desenvolvem todos os actos acima alludidas tem elle necessariamente de recorrer ás conclusões da sociologia, como o demonstra com brilhantismo o talentoso Gabba.

Desde que a direito, como pondera competentemente o douto Anzilotti, desempenha sempre a sua funcção tuteladora e integradora, em intima correspondencia com a complexo das necessidades e das actividades sociaes, o conhecimento scientifico do estado geral da sociedade é condição indeclinavel para comprehender e explicar o proprio direito, quer na sua natureza, quer nas suas funcções, quer nas multiplas formas em que se ramifica e se caracteriza. E esse conhecimento scientifico só pode fornecer-nos a sociologia, que, abandonando as velhas theorias do acaso, do contracto social e da acção providencial dos grandes homens na direcção dos acontecimentos sociaes, firma-se, para alicerçar o estudo dos seus magnos problemas, na observação natural dos factos, que se realisam em virtude da acção ineluctavel de um determinismo scientifico.

Com esta direcção racional e proveitosa, apontando á philosophia do direito nova rota que se lhe abre em bellos e extensos horisontes, a sociologia ainda rasga as nuvens que se adensam ensombradas, deixando fulgurar, no cerebro dos juristas, o attrahente brilho do ideal do direito.

O exame das varias formas do desenvolvimento da sociedade, da marcha da civilisação dos povos, aqui demorada e lenta, ali accelerada e rapida, das causas determinadoras do progresso, tão vário nos diversos aggrupamentos humanos, constitúem um poderoso elemento ao jurista, para que, conhecendo as circumstancias especiaes da sociedade, observando as necessidades diversas que solicitam a acção protectora do direito, formule esse ideal de regras juridicas que, no momento opportuno, venham ao encontro dos interesses da collectividade, concretisando-se em leis positivas. Ideal que não é essa enganadora chimera, feita de doiradas phantasias que alimentam os sonhos dos poetas, mas ideal que brota da propria observação das imperfeições da sociedade, ideal-força, como diria Fouillée, que não exclue as realidades do naturalismo, e que antes o completa, da mesma forma por que o pensamento não exclue a materia, mas a illumina, penetra e transforma; ideal que é estrella a refulgir no pensamento dos jurisconsultos, opulentando-lhes o rumo do progresso do direito, e que reponta ao espirito do legislador, guiando-o na missão augusta de corporizal-o em leis positivas.

Eis ahi porque se torna necessario rehabilitar a sciencia juridica, opulentando-a com os resultados brilhantes que a sociologia já tem conquistado; eis porque se faz mister que nos programmas dos cursos de direito tenha sempre um logar a cadeira de sociologia, afim de poder o espirito dos estudantes ampliar o seu golpe de vista pelo conjunto da sociedade, e comprehender o direito, não como uma idea singular, isolada das demais sciencias, mas como um phenomeno natural, imposto pelas condições bio-ethicas da coexistencia dos homens, e fazendo parte do concerto geral em que se realisa a harmonia scientifica do universo.

Adjournment.

SESSION OF SUBSECTION 2 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Monday afternoon, January 3, 1916.

Chairman, SIMEON E. BALDWIN.

The session was called to order at 2 o'clock by the chairman.

The CHAIRMAN. I have here a communication sent in to the subsection in regard to the adoption and spread of the metric system, which I beg leave to read:

COLUMBUS, OHIO, *December 31, 1915.*

To the PAN AMERICAN SCIENTIFIC CONGRESS,
Washington, D. C.

GENTLEMEN: On behalf of a committee of the Association of Ohio Teachers of Mathematics and Science, appointed by the president of that organization, to conduct a propaganda for a wider use of the metric system, we extend greetings, and urge that the congress recommend to the manufacturers of the United States that in future catalogues for both foreign and domestic distribution all measurements be stated in both British and metric figures, accurately in one and approximately in the other.

Respectfully,

GEORGE W. TOUVILLE, *Chairman,*
G. A. ARMSTRONG, *Secretary.*

I presume there will hardly be two differing opinions in this body in regard to the general expediency of the movement in the direction indicated. The Chair has prepared an answer, which, if there is no objection, he will communicate to the section as the opinion of this subsection:

The subsection on public law of Section VI requests the kindly attention of the section to the subject of the foregoing memorandum and looks with sympathetic interest on the resolution of the Ohio teachers of mathematics and science.

The CHAIRMAN. We will now proceed, gentlemen, to the discussion of the first subject on our program—Is there an American public law that can be differentiated from that of other continents? The first speaker will be the Hon. Robert Ludlow Fowler, surrogate of New York, N. Y., whom I take great pleasure in presenting to you.

IS THERE AN AMERICAN PUBLIC LAW THAT CAN BE DIFFERENTIATED FROM THAT OF OTHER CONTINENTS?

By ROBERT LUDLOW FOWLER,
Surrogate of New York City.

The theme given me for discussion is not free from complexities. Consequently within the limits prescribed I shall attempt to consider it only in a large or most general way.

It may be well at the outset, in view of the different meanings of the term "public law," to explain the sense in which it is to be taken in this discourse. The modern and conventional definition of public law is that part of the positive law of a given State which relates solely to the State and to the public order of government. "*Publicum just est quod ad statum rei publicae*" (I. 1, 14). The division of law into public law and private law is as old as Aristotle (Rhet. 1, 13, 3). In principle this division was entirely familiar to Roman lawyers, and it has been retained in every modern system. Hale and Blackstone substantially adopted the division of law into public law and private law, and thus lent to it the sanction of their great names, although the analytical jurists of England, such as Austin and Amos, criticize it with severity as a cross division. Scientifically there is in their criticism a basis of truth. There are numerous rules or principles which may just as well be included in private law as in public law. But, nevertheless, the dichotomy of law into public law and private law is an instance when scientific accuracy may well give way to the general convenience. Nothing more comprehensive than a division of law into public law and private law has ever been suggested by jurists of any school.

In the Roman and the modern sense "public law" includes (1) constitutional law; (2), just sacrum, or the law relating to the state, church, and religion; (3), criminal law; and (4), the law which Kant, in company with many jurists less philosophical, terms the law of nations. It is in view of the fact that the surface of the earth is not unlimited but circumscribed into a unity, that Kant includes in the public law of a state the law of nations. Had the area of the earth's surface been unlimited the law of nations would have had a different content and application. In this comprehensive outline of public law it will be observed that "constitutional law" comprises all the laws which determine in whom the sovereign power of a state resides, how that power shall be exercised, and the limitations imposed on all officers and agents of government; in short, all administrative law, or in other words, all that law which, according to Domat, relates to public order.

When we compare American public law with the public law of the Roman lawyers and their congeners—the civilians—we should not omit to notice a distinction: The public law of the Corpus Juris was something distinctively Roman and even Byzantine. It is well said that no modern state has ever adopted the public law of the Romans. It was the private law of Rome which evinced the best juristic qualities of the Italian people. The more familiar part of the Corpus Juris and of the institutes of Caius and of Justinian consisted almost exclusively of private law. The codex was concerned to a much greater extent than the digest with public law. Indeed it was the codex which was specially reserved for the public law of the Romans. In the United States public law is largely contained in the constitutions of government—State and Federal—and in the Statutes of the several organisms within the Federal State.

When contrasted with public law it is evident that private law is concerned with the self-interest of the individual while public law has reference to the common interests of the public qua public. Obviously "private law," as Lord

Bacon well said, always lies under the protection of public law: "Ius privatum sub tutela juris publici latet" (Works 1, p. 804). Public law is referred to at times as the paramount law of a Federal State, because private law is in a greater or lesser degree dependent on public law. It is curious to observe that in modern times our political society may be said to be engaged in a ceaseless endeavor to make private law encroach on the domain of public law. The processes of this encroachment represent in fact our modern politics.

Very cursorily I have, as I hope, now indicated with tolerable precision the sense in which I shall employ the term "public law." It will be immediately apparent that as in this country we have no State church, we can very well afford at this time to ignore that department of public law which is concerned with religion, although it is highly probable that at no distant day this recognized department of public law may present, even in this country, some very interesting questions for public discussion. The subdivision, criminal law, may also be ignored at this time, although its consideration could be led to embrace crimes committed by civil persons, otherwise called corporations; a subject, I think, very far from exhausted by American legislators and American lawyers. This elimination will leave for our present consideration constitutional law and incidentally the law of nations. I have already indicated that in its widest sense constitutional law comprises all the sovereign powers of a State, so that we may legitimately confine the few and desultory observations which I shall present to you to two subjects of never-failing interest; I refer to American sovereignty in its inward and in its outward manifestations.

Before venturing on the general discussion of the sovereignty of the Federal Government of this country, it may be well to recall to your minds that the sovereign powers of all governments are distributed among three great departments—executive, legislative, and judicial. This distribution is in the instance of our Federal Government so emphasized as to engender a discussion among political thinkers concerning the prototype of the judicial department of the Government of the United States. Had it any prototype? A correct answer to this question is not perhaps so difficult as it at first seems. The Constitution of the United States was the empirical product of the traditions, customs, and aspirations of the English-speaking people who founded the United States. The Federal Constitution of 1787 was not the miracle often depicted; it was an orderly sequence from anterior facts and the logical resultant of hard experience, not of political theory. As Lord Bryce has well said, it was not an *a priori* construction.

The origins of the framework of our present government can readily be detected in the earlier institutions and customs of the seaboard colonies of North America. Providentially it was a singularly sober, thoughtful, and political minded people who first came to these shores, and to them and their direct descendants, now comprising at least fifty millions, or more than one-half of our present population, the existence and even the persistence of our present political institutions are primarily due.

At the outbreak of the War of Independence practically all of the three millions of people then inhabiting the Atlantic seaboard of North America were, as Franklin said, the descendants of Englishmen who had migrated to America in the course of the seventeenth century, or prior to 1700. In the eighteenth century immigration was comparatively light. Thus it was that in the year 1776 few of the inhabitants of the thirteen colonies had ever been out of North America. They were already of the soil, and already stout upholders of a very definite political creed. For a century past there had been close and constant discussion among the colonists concerning the theory and framework of the colonial government. In this discussion the abstract

political rights of the inhabitants of the American colonies were not ignored. In consequence, when the Revolutionary War broke out in April, 1775, there was here a trained citizenship such as the modern world, prior to that time, had never seen.

I have already mentioned that the constitutional law of a State or nation comprises all those laws which determine in whom the sovereign power of the nation or State resides. In a federal State there is not only an organized nation, but at the same time the peoples of the particular States also possess organic unity. In its particular sphere each government is absolute and supreme. The composite character of a federal State has given rise to much discussion concerning the seat of sovereignty in the United States. It is not necessary for us to consider the controversial elements of this discussion at this time. They are familiar to all publicists, as well as to some practical politicians. But it is premature to discuss the nature of sovereignty in a given State until we have assigned the State itself to its proper place in some general classification of governments. The United States is what is known as a federal State. To give with philosophical precision a real definition of a federal State would be a labor of magnitude. There are shades of differences between all the types of federated States known to history. But there is at the same time between all these types a certain agreement in particulars which determine whether a State is or is not a federal State.

A federal State is sovereign in its own sphere, be it large or narrow, just as the federated States related to it are sovereign in their individual spheres. The distinction between "Staatenbund," bandless or confederated States, and "Bundesstaat," or a banded State, is entirely familiar. A federal government within its own prescribed range of action is carried on as freely as if there were no such thing as a separate State (Freeman, Federal Government in Greece and Italy, 11). Let no sensible man at this late day in the United States question that whatever powers are not vested in the Federal Government belong to the several States or to the citizens of those States as a body politic.[1] The bond which unites a federal government to the governments of the banded States may, however, be expressed in a great variety of ways. Nothing can be more elastic than the terms upon which a federal State becomes an independent political entity and assumes the hegemony of its constituent States. The powers intrusted to the federated State may be very great or they may be very limited, always provided that within its own sphere of action the federal State is left independent and to that extent distinctly sovereign. While a federal State is ordinarily paramount only within the sphere of its own action, there is some inherent evidence that the Government of the United States was intended to have a supervising power of a kind not ordinarily intrusted to a federal State. The Federal Constitution of 1787 is in one notable particular of general operation within the federated States, and this particular is quite outside of the federal sphere of action. The Federal Constitution prohibits the legislatures of the States from passing any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts. This limitation on the legislative power of the States of the Union has only a very indirect relation to the sovereignty of the Federal Government. It has, however, a distinct relation to the general supremacy of the federal State.

What is meant by the sovereignty of a State is, all the powers of that State when it is considered in its highest dignity and greatest force. The United States of America is conceded by publicists to be the most carefully

[1] George Ticknor Curtis, "Implied Powers of the Constitution," 7.

elaborated specimen of a federal State known to history. Indeed it is the legal terminology of the United States which has developed most clearly the difference between a federation and a confederation of States. The public law of the United States is in some respects a distinctly modern manifestation. It has at its base a new or modern conception of the inherent rights of the individual citizen. About this there is nothing medieval or classical. I venture to think that the public law of the German federation is not nearly so well worked out in detail as is the public law of the United States of America. The fundamenal rights of the individual German subject are left obscure in comparison with our clearer enunciation of the fundamental rights of the citizens of the United States. This is not to conclude that the Federation of German States is inartificial. In some few respects the legislative chambers of the great federal State, called the German Empire, are better constituted than are our own Senate and House of Representatives. Their temporary committees, for instance, are better working bodies than our permanent committees with their extended powers. Nevertheless, it is certain that in the history of no other nation besides that of the United States have the limitations upon the powers of the component States and those of the federal State been specified with such philosophic precision and such exact balance. This is not strange if we consider that the germs of federation were in America, as in Greece, from the first in the air. We detect them in a rudimentary form in the substantial federation of the New England towns. Some of the original colonies were at first distinctly federations of village communities.

For a considerable period after the North American Federal Union was completed in 1787 the great political question in this country was, Where does sovereignty reside? To determine this question and negative the claim of a constituent State's right to secede from the Union, a long and fratricidal war was deemed necessary by the dissident States, notwithstanding that the historical data, anterior to the Federal Constitution of 1787, had definitively answered the question. The federal State existed prior to the Constitution of 1787. It is to my mind a very grave error to conceive that constitutions ever create sovereignty. Sovereignty is an organic force. It is sovereignty which creates constitutions, and not constitutions which create sovereignty. The Government of the United States was distinctly federal and sovereign before a line of the Constitution of the United States was promulgated. In this particular the Constitution was declarative. Political powers are not created artificially *uno ictu*. They preexist, at least *in posse*, or in intention before their written declarations are formulated. Let me explain more in detail what I mean.

The original people of the 13 States forming the Federal Union were a homogeneous people, in political subordination to a great European State. When a homogenous people, inhabiting contiguous political dependencies of the same empire, subverted the imperial government, necessarily the powers of the old government immediately accrued, partly to the whole people of all the colonies as an indivisible body, and partly to the separate peoples inhabiting a particular colony. Upon examination it will be found that the imperial powers, known as the prerogatives of the Crown, as they thitherto affected all the people in all the colonies without regard to demarcations of territory, accrued to the whole people of all the colonies as joint actors in the revolution, while those powers of the subverted colonial governments which did not concern the whole people alone accrued to those whom they did concern—to wit, the people in a particular colony. The moment the Declaration of Independence and the overt military

resistance to the rule of the motherland took place, any general governmental authority over the North Atlantic colonies necessarily became unitary and, if effective, federal. The vice of the Articles of Confederation was that they failed to partition rightly the subverted powers of the old government; they did not conform to the fact, "fait accompli." A confederation of States did not, in this instance, truly express the precise relation of the constituent States to the General Government. Within a certain sphere of action the separate States did not act conjointly after the year 1776, and consequently the general agent was within that sphere already a federal State.

But there is other evidence in favor of my statement that the Government of the United States was federal prior to the Constitution of 1787. The distinctive mark of a federal government is that the federal State, within its own sphere of action, has all the marks of an absolutely independent government. In that great territory, an empire in itself, known as the "Northwest Territory," the Government of the United States was in respect of the three great powers of government—legislative, judicial, and executive—possessed by every autonomous State, supreme and independent of all outside dictation before the adoption of the Federal Constitution of 1787. By the ordinances of 1784 and 1787 Congress established a permanent government and constitution for the Northwest Territory. Until the States in that territory were organized, the United States was alone the absolute sovereign within the Northwest Territory. The States outside of the territory had no share in its government. Consequently the Federal Government of the United States existed as an independent State before the ratification of the Federal Constitution of 1787. In an article printed in the year 1887 in the American Law Review, I elaborated the theory just stated. I am very happy to observe that since then, doubtless quite independently of my investigations, the proper authorities of Harvard University have arrived at the same conclusion, and thus the theory I first enunciated is now, in any event, taught or held in that university.

It can hardly be denied that the federal State was an autonomous State prior to the Federal Constitution, if it possessed the three great powers—legislative, executive, and judicial—which in Kantian philosophy are said to pertain to every autonomous State. The Constitution of 1787, however, perfected the autonomy of the federal State in such a masterly way that no other federal State ever possessed the nice powers of internal government in the same degree as the great federal State, now known *ab extra* as the United States of America and ab intra as "the Federal Government." The outcome of the work of the convention of 1787 was so logical and natural in character that had the Federal Constitution of 1787 failed of adoption some other federal organization must have inevitably resulted in a short time. A federal government was the only possible government in North America after the definitive peace with England in 1783.

The political history of the 13 original colonies composing the United States in the year 1776 demonstrates that the major part of the framework of the Federal Government was laid down long before the adoption of the Constitution of 1787. For example, the title of each colony to equal representation in the federal councils may be traced back to the year 1643. In 1643 the New England plantations first confederated for united action. By the terms of union each colony preserved its jurisdiction and powers of internal government intact, and without regard to size or population was represented by the same number of delegates in the federal councils.[1]

[1] 1 Palfrey's New England, 445; 1 Pitkin's U. S. Appendix 1, and pp. 50, 52; 2 Hazard's State Papers Preface and p. 1.

In 1754 the plan of the colonial convention of that year, although abortive (it being rejected by both the English and the Americans), had again a just regard to the decentralized principle of a federal republic. In the Continental Congresses of 1774, 1775, and 1776 each colony, without regard to size or population, was given and equal voice. Thus from the dawn of our colonial history it was evident that any future general government of the American States would be based on some principle of equal representation in the federal councils. The Constitution of 1787 was only a final restatement of an old principle of union. In that Constitution each State, without regard to size or population, is allotted two Senators in the Upper House of the Congress. It is not irrelevant to notice at this point that the Senate of the United States is invested with some powers which are very far removed from powers purely legislative in character. It is not only in the upper legislative chamber that the federated States have an equal voice, but in certain executive matters of moment in the processes of a great government.

The constitutional convention of 1787 was a triumphant success not only because prior to the War of the Revolution the leading men in the convention had become fairly familiar with the framework of all forms of government, ancient and modern, but because they had gleaned much of value from a hard and critical experience. For years past they had then had daily under their eyes the spectacle of a judiciary which arrogated to itself the abstract power of determining, whether or not the acts of the various colonial legislatures and officers of government conformed to what were already termed, not only in State papers but in public discussion, the constitutions of government. As early as 1761 in the writ of assistance cases the colonial lawyers went so far as to assert that even the laws of the imperial parliament must conform to constitutional principles in order to have effective validity. Doubtless this was only a recrudescence of Coke's doctrine in Dr. Bonham's case, practically adopted by such great Englishmen as Chief Justice Hobart[1] and Lord Mansfield.[2] It is not extreme to affirm that the right of the American judiciary to determine the validity, or the constitutionality as it is termed, of an act of a legislative body long antedated the promulgation of the Federal Constitution in 1787. The famous American case of Lechmere *v.* Winthrop, in the year 1727, is alone sufficient to establish this point.

The constitutional convention did not fail to make use of historical precedents. When the present Federal Constitution was in course of preparation in the year 1787 there was one historic exemplar which did not lack consideration.[3] The old Kingdom of Aragon possessed a singular institution which was very fascinating to some of the more thoughtful members of the convention. I refer to the power of the justiza, the supreme judge of that little kingdom.

Robertson in his admirable History of the Reign of Charles V well describes the peculiar powers of the justiza of Aragon, and what he said is worth quoting. He says:

> Not satisfied with having erected formidable barriers against the encroachments of the royal prerogative, nor willing to commit the sole guardianship of their liberties entirely to the vigilance and authority of an assembly similar to the diets, states-general, and parliaments in which the other feudal nations have placed so much confidence, the Aragonese had recourse to an institution peculiar to themselves and elected a justiza or supreme judge. This magistrate whose office bore some resemblance to that of the ephori in ancient Sparta acted as the protector of the people and the controller of the prince. The person of the justiza was sacred, his power and jurisdiction almost unbounded.

[1] Hobart's Rep., 14. [2] 1 Atk., 33. [3] Gilpin, 1334; Eliot, 429.

He was the supreme interpreter of the laws. Not only inferior judges, but kings themselves were bound to consult him in every doubtful case and to receive his responses with implicit deference. An appeal lay to him from the royal judges. as well as from those appointed by the barons within their respective territories. Even when no appeal to him he could interpose by his own authority, prohibit the ordinary judge to proceed, take immediate cognizance of the cause himself, and remove the party accused to the manifestation or prison of the state, to which no person had access but by his permission. His power was exerted with no less vigor and effect in superintending the administration of government than in regulating the course of justice. It was the prerogative of the justiza to inspect the conduct of the king. He had a title to review all the royal proclamations and patents and to declare whether or not they were agreeable to law and ought to be carried into execution. He, by his sole authority, could exclude any of the king's ministers from the conduct of affairs and call them to answer for their maladministration. He himself was accountable to the cortes only for the manner in which he discharged the duties of this high office and performed functions of the greatest importance that could be committed to a subject.[1]

But there were other and less remote precedents than that of Aragon more familiar to the members of the constitutional convention of 1787. The subordination of the colonial legislatures to the judiciary of the colonies, because of the expressed limitations upon the powers of the colonial legislatures, was a marked feature of all the American colonial governments subject to the English Crown. The history of this judicial supremacy, which was strenuously insisted on long before the American Revolution by such colonial lawyers as Otis and John Adams, of Massachusetts, is very ably given by Prof. Charles B. Elliott in the Political Science Quarterly,[2] and by Prof. James Bradley Thayer, of Harvard, in a paper read before the Congress of Jurisprudence in August, 1893.[3] In 1895, ignorant of these contributions, I ventured to publish my own conceptions of the development of the judicial power in the Federal Constitution,[4] a fact I mention merely because the paper contained some references to authorities of very distinct value. The paper itself was too late in order of time to possess any valid claim to originality. But it is unnecessary here to pursue further the history and development of the judicial power in the Federal Constitution. It is only necessary to notice that since 1893 it is generally conceded that the Federal judicial establishment of the United States had a prototype.

The express authority of the Federal judiciary, in the proper forum, to declare void a legislative act of a State of the Union when such act conflicts with the organic law is sometimes thought to be clearer than its authority to declare void an act of the Federal Legislature when that legislation conflicts with the constitution of the Federal State. But both powers *ex necessitate rei* proceed on the same general principle and are founded on the same precedents. The exercise of the one power is as essential to the protection of the Nation as the exercise of the other is to the protection of the federated States. The fact that the judicial power of a Federal establishment is called into play only in the course of litigations sometimes tends to obscure the extraordinary powers vested in the Supreme Court of the United States by the Federal Constitution.

Doubtless the power of greatest dignity and importance conferred on the Federal judiciary by the Federal Constitution relates not to their jurisdiction of ordinary litigations, but to their jurisdiction over contentions and controversies between States. It was intended that the Supreme Court of the United States should be the permanent arbitrator of all serious differences

---

[1] Robertson's Hist. of Charles V, 1, 161.
[2] 5 Polit. Science Quar., 224.
[3] Little, Brown & Co., Boston, 1893.
[4] American Law Review, 711.

between the constituent States of the United States, and also the arbitrator of all the graver controversies between the Federal State and the States of the Union, if the Federal State so elected. In any plan of Federal Government some mode of arbitrating differences between the combined governments is essential to permanence. The paramountcy of the terms of union must be safeguarded against all infractions or invasion and the only effective protection is afforded by the principle of compulsory arbitration.

Among the Grecian Commonwealths, the history of which was imperfectly familiar to the members of the constitutional convention of 1787, examples of arbitration are very frequent. In ancient Greece the Amphiktyonic councils, whatever they were originally, became in course of time, to some extent, councils of arbitration for the contending political units contained in the federations of Greece. These councils finally passed on a variety of issues arising between the different Grecian communities. The decisions of these councils ought, in fact, to have furnished a sort of international law of Greece.

In America of the present the most important decrees of the Federal judiciary of this country constitute a kind of international or interstate law for the States of the Union. The best exercise of this peculiar function of the Federal judiciary of this country calls for very statesmenlike qualities in the judges, and it is, perhaps, not too much to say, that the most distinguished personages in the history of the Supreme Court of the United States are those who have exhibited these statesmanlike qualities in the most eminent degree. The Supreme Court is the one court of America where the narrow learning of lawyers is of secondary importance to yet higher qualifications. It is quite unnecessary for present purposes to review the technical and familiar side of the jurisdiction of the Federal courts of this country. Many principles of profound political and constitutional importance are laid down, almost daily, in private litigations, or in suits and controversies between private persons. But here we may confine our survey to the jurisdiction of the Federal tribunals in controversies between the States of the Union, or, at the election of the Federal Government, in controversies between the great Federal State and the States of the Union. That branch of the jurisdiction of the Federal courts was intended as a formal substitute for a voluntary system of arbitration. For the purpose intended it is highly probable that no better machinery could have been devised.

These considerations lead naturally to the conclusions that a principle of arbitration, the autonomy of the separate political units composing the federal State, and the perfect political equality of these entities in the federal councils are leading characteristics of the public law of the United States. That each and all of these characteristics is susceptible of a more extended development and a larger application than at present, there can be little doubt. By reason of the limited fertile and inhabitable areas of the *globus terraqueous*, which we call the world, men, as Kant said in substance, are placed in such close and thoroughgoing relations of each to all the rest that intimate intercourse is indispensable to the development of the common heritage of mankind. Now, this intercourse requires general regulation. Such general regulation can proceed on no better principles than those at least adumbrated in the leading characteristics of the public law of the United States of America. The public law of the United States is in part a development of the law of nations.

It remains to notice that a Federal constitution of government has the force and the quality of durability as well as other great merits. This the whole history of our Government and Nation exemplifies. The Federal Government of

the United States has already outlived almost all the national governments of Europe. It has survived numerous forms of government in France and in almost all the other countries of Europe. England is not even an exception, for the government of the British Isles has undergone momentous changes of a far-reaching kind since our Federal Government was formally erected. The English constitution of to-day is not that of 1787. During the period of its already long existence the Government of the United States of America has, as the philosophic historian Freeman, in his most valuable but fragmentary History of Federal Government, states,[1] "actually secured a greater amount of combined peace and freedom than was ever before enjoyed by so large a portion of the earth's surface."

That a federal government is that form best adapted to national development, without interference with the rights of the members adhering to the federation, is illustrated by the rapid expansion of the possessions of the United States. The cession of the Northwest Territory to the Federal Government in 1784 was but the beginning of the acquisition by the United States of a new empire, to become even more distinctly Federal possessions than the Northwest Territory had ever been. By the treaty of Paris, known as the treaty of September 3, 1783, the eastern bank of the Mississippi, as far south as the thirty-first parallel, ceded to Great Britain in 1763, passed under the control of the United States. On April 30, 1803, France ceded the whole of the Province of Louisiana, together with all adjacent islands, to the United States. But by the third article of the treaty of 1803 the inhabitants of the ceded territory were to be incorporated in the Union and admitted as soon as possible thereafter to the enjoyment of all the rights, advantages, and immunities of citizens of the United States. This was a very far-sighted provision on the part of France, one designed for the efficient protection of the inhabitants of the ceded territory. On February 22, 1819, Spain ceded to the United States all the Spanish territories east of the Mississippi, known as East and West Florida, together with the adjacent islands dependent on said province. In 1845 Texas was added to the United States. In 1846 Great Britain at last yielded to the United States that part of Oregon lying between the forty-second and forty-ninth parallels of north latitude. By the treaty of Guadalupe Hidalgo, signed February 2, 1848, Mexico ceded to the United States all that territory north of the Rio Grande and the Gila Rivers, comprising New Mexico, a part of New Navarre in old Mexico and the great country known as Upper California. The Gadsden purchase of 1853 rectified the Mexican frontier and added 45,535 square miles to New Mexico. Since then have occurred in 1867 the cessions of all Russian America, together with the Russian islands, stretching across the Pacific; in 1897 the cession of the Hawaiian or Sandwich Islands, in 1898 the cession of the Spanish islands in the Pacific, and the cessions of Porto Rico, the Isle of Pines in the Atlantic, and in 1903 a portion of the Isthmus of Panama known as the Canal Zone. For all these cessions the United States has given value. Minor cessions such as the District of Columbia it is unnecessary now to particularize.

To much of this great territory ceded by various powers the American system of government has been extended, while over much of the residue Territorial Governments have been established. There is no solid reason why at no distant day all the possessions annexed or ceded to the United States should not be provisionally incorporated as States, territorities, or self-governing communities, in the great Federal State; the citizens of each of such possessions obtaining substantially the same legal rights and enjoying the same political guaranties

[1] Only the first volume ever appeared. This is practically a history of Greek federations.

as the people of the original States. This is a consumation devoutly to be desired. It is the only solution consistent with the past history of the United States. That the domain thus acquired will never be voluntarily surrendered I believe. No great statesman has ever yet dared to advocate the surrender of a substantial portion of the national domain. If any one in authority has so dared he has been execrated by posterity. When the material resources of a great power begin to diminish, the night of that nation is at hand. Statesmanship is a practical science and not a political theory. Statesmen do not surrender what they take and hold in trust for the nation in perpetuity.

It must, I think, be obvious that the distinctive and leading characteristics of the public law of the United States are three: (1) The autonomy of the separate States composing the United States; (2) the comprehensive and perfect soverignty of the great Federal State in its own sphere of action; and (3) the permanent judicial mode for the arbitration of all disputes and controversies arising between the States of the Union or any of them or between the great Federal State and any of such States if the Federal State so elect. If there is anything whatever then in the public law of the United States which can be differentiated from the public law of other continents—and this is the theme prescribed for me at this time—it is disclosed in the three characteristics to which I have just referred.

It would seem not irrelevant to this discussion to inquire what the public law of the United States is theoretically worth, if anything, to the world at large. Would it not seem to be this—that in any union or aggrandizement of States the local autonomy of the combined States must be scrupulously respected, in so far as is consistent with any union at all? This is the leading principle which the Federal Government of this country is always obligated to apply when any voluntary augmentation of territory is contemplated or effected. But, perhaps, after all, the supreme lesson taught by the Constitution of the Federal Government of the United States, is the importance it attached to arbitration. Differences between allies, or among the States of a federal union, or between the Federal Government and the governments of the States, are inevitable, and such differences can be peacefully solved only by a permanent court of arbitration.

The abolition of warfare has long been the dream of humanitarians and of some philosophers. One of the finest minds in all the ages (I refer to the philosopher Kant) has in substance affirmed that if ever war shall be banished from the earth it will be due to some closer union of the great nations of the world. It is due to Kant to state that in his philosophy of law he seems to apprehend that such a union is impracticable. While conceding that the art of government and the law of nations are two things which never subject themselves to idealism it would, perhaps, be going too far to conclude that Kant's conception, that wars can be banished from the earth only by some closer union of States, was an error. Doubtless if such a union of States ever shall come to a realization the federative plan presented in the Union of American States will be sure to have received the profound consideration of the nations concerned. Certainly should there ever be one federal state in all North America, another in South America, like unions would follow throughout the world. Then the *pax humana* will be nearer at hand than it is at present. Without some such unions international arbitration must continue to be the solution of only minor issues between nations rather than the substitute for war.

It is very notable that some steps in the direction of the world federation indicated have already been taken in America. In the year 1890 the inter-

national American conference held at Washington adopted a very significant resolution. In view of its importance I will read it. It is as follows:

Whereas there is, in America, no territory which can be deemed res nullius; and

Whereas, in view of this, a war of conquest of one American nation against another would constitute a clearly unjustifiable act of violence and spoliation; and

Whereas the possibility of aggressions upon national territory would inevitably involve a recourse to the ruinous system of war armaments in time of peace; and

Whereas the conference feels that it would fall short of the most exalted conception of its mission were it to abstain from embodying its pacific and fraternal sentiments in declarations tending to promote national stability and guarantee just international relations among the nations of the continent: Be it therefore

Resolved by the international American conference, That it earnestly recommends to the Governments therein represented the adoption of the following declarations:

First. That the principle of conquest shall not, during the continuance of the treaty of arbitration, be recognized as admissible under American public law.

Second. That all cessions of territory made during the continuance of the treaty of arbitration shall be void if made under threats of war or in the presence of an armed force.

Third. Any nation from which such cessions shall be exacted may demand that the validity of the cessions so made shall be submitted to arbitration.

Fourth. Any renunciation of the right to arbitration, made under the conditions named in the second section, shall be null and void.

It is evident that this remarkable resolution only paraphrases a principle of the international law of the United States, a principle which has had the careful consideration of this Government for now a century, and which in part is emphasized in what is known as the Monroe doctrine. By the larger definition of public law, before announced, the law of nations is a part of the public law of the United States. Had it not been for the principle stated in the Monroe doctrine as a part of American public law, the guardianship of the soil of a large part of the Americas would long since have passed from its present custodians. The future of the New World would have been altogether different, and the liberty and the safety of all the inhabitants of the Americas would have been in jeopardy every hour. That all America has been left to work out its own destiny is due primarily to the hegemony of the great federated state of the United States and to its public law. The notable resolution of the international American conference in 1890, already recited at length, suggests that a federal tie or union may be arrived at through mutual affection of states as well as by a solidarity of interests. Those states which have friends and enemies in common are in a sure way to an early federation of some kind. This federation may be of the narrowest sort; the individual autonomy of the various federated powers may be almost absolute, but nevertheless any union is a federation in kind, if the general agent be definitely constituted within its own independent sphere of action.

But to bring about general international arbitration is the labor of practical statesmen, not a task for the ingenuity of political theorists. The principle of international arbitration can never be enforced by weak states. Even to protect its neutrality a State must be powerful. In order that a State may have its proper influence in the world of the present it needs to be a strong and a great power. It must be capable not only of expressing its will, but of enforcing that will, should occasion arise. A State advocating international arbitration as a substitute for force, if its counsels are to be listened to and heeded by other nations, must not be in a position where it will derive more material benefit

from arbitration than from force. An unarmed nation standing only for arbitration will receive but slight attention from the great military powers of the modern world. In short, the principle of international arbitration will be successfully applied on this globe only when the States advocating it are altruistic and have relatively nothing to gain by arbitration, for then it will be evident to the world that such states are animated only by high moral principle and not by self-interest. A rich, lethargic, commercial nation, necessarily regardful of self-interest is, when wholly unarmed for conflict, in no position whatever to pose as the successful advocate of arbitration. It is in a like situation to that of the stout and plethoric burgher of the middle ages when confronted with the man in armor. While advocating the desirability of peace we should never forget that all the laws and all the nations of the world are the result of war and of force.

It has been said by one of the greatest and most philosophical jurists of the modern world, that "law is the formal expression of the means whereby a people organizes itself in the struggle for existence." Then this legist proceeds to say, and what he says in his epitome of the History of Roman Institutions is accurate: "War is the father of all things. Under the stress of the perils of war a people consolidates into an army, into a State. So far from being the power that destroys societies, war is the power that builds them up. Legal order has its ultimate origin in military order, and in this sense the soldier is '*pater patriae*.'" We must remember that every government but one in this hemisphere, is the result of war. But because all this has been so in the past is not conclusive that wars must go on forever. It is not idle to speculate on a long reign of peace for the world. It is not fatuous to hope for it. But speculation on any great theme in order to be valuable must always be tempered by practical considerations. Some of these practical considerations I have endeavored to indicate, and only to indicate in this discourse on the theme allotted to me.

Let me say a word before closing on the advantage of the principle of local autonomy in American public law. Local autonomy, or what is called in American political terminology "State rights" is, as many of us in this country believe, at all times a necessary condition of freedom and wholesome self-government. A great unitary State is inconsistent with liberty. Vast empires, however strong, are incapable of the nicest adjustments of human needs. There is in government a geographical limit to internal efficiency, just as there is none to outward efficiency. It may be retorted that the local units of Government in the United States, and indeed in all America, are not now in many respects exemplary models of governmental efficiency. This to some extent may be accurate. All educated Americans are aware of defects in the application of the principles of their Government. But to admit such conclusions as final at this time is highly premature. This country and all the countries of its American allies are yet in the making. Perhaps several hundred years will elapse before the citizenship of this or of any other American state will be so thoroughly developed, so highly educated and organized in a civic sense, as to make our governmental forces work without friction and with the ultimate perfection designed.

That a federal system of government is not only ideally the best but the best in practical operation for great populations, scattered over wide and contiguous areas, the development of the United States thus far, I think, conclusively shows. But whether this be so or not, our National Government is generally admitted to be the most interesting experiment in government which the world has ever seen. Our National Government is no longer in the experimental stage. To be sure, the history of government

is a very long one; but the history of the great federal State in America though short in comparison is not, in fact, brief. It is only so when we come to compare it with the history of the world. Of course, what Divine Providence has yet in store for America no mortal can know. All we can now say is that in so far as our history has developed, it has certainly disclosed the abstract wisdom of the federal system of government now in force in the United States of America.

In conclusion let me add that Americans—those whose traditions are purely American—who have no familiarity with political institutions other than their own, and who have inherited from past generations of Americans the poltical creed, that no other governmental institutions are founded on better principles of right and justice—those Americans I say—firmly believe that the seeds of freedom and equality before the law, planted so long ago with such care and foresight in this hemisphere, will, in the fullness of time, produce here not only a perfect governmental administration but also its natural fruits—the triumph of justice and the very perfection of human liberty. When America has accomplished this, which we term her mission, then her counsel and example will, let us hope, be able to assure the peace of the world. The fact that the public law of America contains elements, or norms, which look to the pacification of the world perhaps differentiates it at the present time from the public law of other continents.

The Chairman. This careful historic review has shed a strong light upon the development of American public law. Let me venture to add an incident affecting Judge Fowler's State and my own, dating back to 1650, with reference to the beginning of American arbitration. The coalition or confederacy to which he alluded as formed in 1643 was formed, it will be recollected, by the union of the four colonies then existing—Massachusetts, Plymouth Bay, Connecticut, and New Haven—each then being a separate colony. On the western frontier of the confederacy the boundary was disputed with New York. The governor of New York took pains to investigate the contention of New York and to consider the best way of settling the difficulty. He decided to go to Hartford, which was for that year the meeting place of the delegates from the confederated colleges, and talk it over with the leading members of that body. He did so, and not being able to come to any conclusion he proposed that they should leave the matter to arbitration and have an award by disinterested parties as to the boundary between the two jurisdictions and abide by it. This was Gov. Peter Stuyvesant. The congress accepted his proposition. Two arbitrators were selected from Plymouth and two from Massachusetts. Connecticut and New Haven were interested in the controversy, and, of course, did not suggest any of their nationals. Peter Stuyvesant, as governor of New York, agreed on the two men from Plymouth and the two from Massachusetts Bay. One of them had had connections with New York in business. These arbitrators went immediately to a hearing, as they were there on the spot, came to an award and reported to Gov. Stuyvesant and the congress that they had agreed on a certain line, the true line to be

respected as such until the sovereign States of Great Britain and Holland had spoken. Holland ratified the award; England never did. Therefore the arbitration failed of final effect, but practically the line of the Stuyvesant arbitration has been for 250 years the line between New York and what is now the State of Connecticut.

We will now proceed to the paper of the next speaker on the subject of executive and parliamentary government in State and Nation and their relations to each other. The writer of the paper is Dr. Rafael Maria Angulo, of Cuba, whom I take great pleasure in introducing.

GOBIERNOS PRESIDENCIALES Y PARLAMENTARIOS EN EL CONTINENTE AMERICANO.

Por RAFAEL MARÍA ANGULO.

Habana, Cuba.

El tema presentado a la consideración del Congreso, bajo el título de "Gobiernos Presidenciales y Parlamentarios en el Continente Americano," formula, como principio básico para el desarrollo del estudio que se brinda, la negación que la doctrina opone a la denominación universalmente aceptada, aunque universalmente combatida, de "Poder Ejecutivo" y la negación que las necesidades de la vida imponen, al régimen comúnmente adoptado por los pueblos del Nuevo Mundo, de separación absoluta entre las distintas funciones de Gobierno.

Hay que entrar, pues, en el examen de los aspectos de ese interesantísimo problema de Derecho Político, fijando, como postulado de la teoría, la inexactitud de un nombre y aceptando, como primicia de la realidad, la imposibilidad de un sistema.

Náda más inadecuado, en efecto, que la designación de Poder Ejecutivo, a lo que ni es ejecutivo ni es poder, porque consagrado el principio de la soberanía—única e indivisible—de la Nación, su fraccionamiento resulta, en la práctica, irrealizable; y en la doctrina, absurdo. Según la concepción actual, ejecutivo y legislativo no son poderes independientes en que se encarnan variados elementos de soberanía, sino manifestaciones de una misma actividad, órganos de una misma soberanía, en expresiones diversas, en atributos distintos, en labores repartidas que tienden a una sola finalidad: la actividad del Estado; e integran una sola función política: le de la soberanía de la Nación. Y no puede considerarse tampoco simplemente ejecutiva la misión confiada, en la vida normal del Estado, al órgano que ejerce la suprema dirección de los asuntos internos, administra el patrimonio nacional y asume la representación de la colectividad fuera de los límites del territorio; ofreciendo con ello algo así como la fórmula concreta, la expresión real, el signo tangible de las abstracciones que implican las funciones legislativa y judicial en el desenvolvimiento de las actividades específicas del Estado.

Y, en verdad, que a los ojos de nuestra época aparecen con caracteres de enigma indescifrable, las razones que pudieron encontrarse para aunar esas dos palabras en la clasificación de tales funciones de gobierno. A la crítica moderna, la impropiedad de la nomenclatura se le revela en su obscuridad y su deficiencia. Bajo la noción antigua que tuvo a Rousseau por apóstol; a los Revolucionarios del siglo XVIII por séquito; a la Declaración de los Derechos del Hombre por credo; las palabras resultan antagónicas, chocan los

conceptos apenas pronunciados y se anulan y destruyen recíprocamente las ideas que representan. El cuerpo político se identificaba, según aquel sistema, con el cuerpo humano; la legislatura venía a ser la causa moral concurrente a la ejecución del acto libre, la voluntad determinante de la acción, el cerebro engendrador de la idea, al paso que el ejecutivo era la causa física productora del acto, la fuerza material que lo reliza, el miembro que conmuta el pensamiento en el hecho positivo. De ahí, su preconización de la supremacía de las asambleas; de ahí, su exaltación de las prerrogativas de la legislatura; de ahí, su clasificación de este organismo, como encarnación monoteísta de la soberanía nacional; de ahí, la dependencia constante, la subordinación completa, el vasallaje absoluto a que sometían al agente ejecutivo con relación al órgano legislativo. Y de ahí también la evidencia de una antífrasis enorme al agrupar bajo el nombre de Poder, las más sencillas atribuciones de comisario.

No es más precisa ni más justa la denominación en la doctrina hoy imperante, que distribuye la actuación de la soberanía entre las ramas del Gobierno, conservándola en su plena integridad y su nítida pureza, en el seno mismo de la Nación. A esta teoría se adapta con fidelidad el programa, cuando del tecnicismo mundial recoge los vocablos Poder Ejecutivo, pero limita, por un lado, su carácter a órgano de la soberanía; y extiende, por el otro, su capacidad a algo más que simple ejecutor de las resoluciones y los mandatos del órgano; o poder, legislativo.

Y si a la luz de todas las doctrinas que han regido en la materia, es tan fácil advertir la discordia entre las palabras con que se designan las funciones encomendadas a esa rama de la soberanía, al contacto de la realidad permanente e inmutable, se desmorona con rapidez la construcción del sistema. Hemos adherido a nuestras constituciones, elevándolo a la categoría de dogma de la democracia, el principio puro de la separación absoluta de Poderes. De esta manera, se ha dicho muchas veces, paga América al genio de Montesquieu—coincidente en las apreciaciones de Locke—el tributo que ya Europa le rindiera. Sería aventurado precisar si la mente del autor del "Espíritu de las Leyes," asiló, en realidad, ese concepto; o si de otra suerte, estimaba que la disyunción no habría de hacerse en la soberanía, sino en el ejercicio de las facultades. De todos modos, nosotros nunca vacilamos en aceptar la independencia de poderes como inmanente a la soberanía popular. Sin embargo, en el correr de los años, para salvar de la ruina el principio, para dotar de viabilidad al sistema, para hacer posible el funcionamiento del Estado, nos ha sido forzoso recurrir a la teoría acomodaticia de los "poderes tácitos" de las constituciones que creara Hamilton; hemos tenido que revestir de una intensidad extraordinaria, la fuerza elástica de todas las Cartas Nacionales; hemos venido a caer en la cuenta de que en las colectividades, como en los individuos, no hay órgano que pueda funcionar aisladamente, sino en dependencia y relación a los demás órganos del cuerpo; para terminar proclamando—siempre con el solemne respeto al precedente y la grave reverencia al dogma—que la separación prescrita en los textos constitucionales no debe interpretarse como "aislamiento," sino entenderse como coordinación harmónica entre los distintos órganos de la soberanía, en antítesis a la subordinación de uno al otro, o a la mutua intromisión en sus jurisdicciones respectivas.

La doctrina es fácil; y además de una cordura y una sensatez extraordinarias y pone de relieve el profundo gnosticismo político; el admirable sentido práctico; y la maravillosa percepción de las cosas que caracterizan al gran pueblo norteamericano. Sin ella, en efecto, su nacionalidad no hubiera podido desenvolverse; sus instituciones habrían perecido; su constitución no sería lo que es, la de mayor diuturnidad entre las constituciones de los pueblos.

Alzóse en la Convención Francesa una voz profética que denunció el inconveniente grave, el peligro inmenso, del régimen de absoluta separación de poderes. El sistema, dijo Condorcet, determinará necesariamente la existencia de dos constituciones: habrá una—pública—escrita en la ley; habrá otra—secreta—fruto de los acuerdos tácitos entre los poderes establecidos.

La realidad se ha encargado de confirmar rudamente esa predicción. En la práctica, la separación no existe. La costumbre no la admite; la política la rechaza; el complicado engranaje de la vida del Estado la declara imposible. La separación de poderes vaga en los mundos de la quimera, según ha escrito Moreau, está sólo en el libro de la ley, que dijo Condorcet, forma exclusivamente la teoría literaria de la Constitución, según hace treinta años, declarara Woodrow Wilson.

Lo previeron sin duda, o al menos sospecharon sus consecuencias; y se apercibieron para sus efectos, los ilustres y preclaros constituyentes de Filadelfia. En el pacto sublime entre la realidad y el ideal que ese Código sabio, venerable e inmortal representa; en la síntesis de ideas contradictorias que recoge; en la conciliación de elementos opuestos que logra; en la concordia feliz en que desenvuelve todas las tendencias, desde la fórmula casi monárquica de Hamilton hasta las sugestiones casi revolucionarias de Madison, se ve algo que si adultera la esencia del principio y ataca la pureza del sistema y debilita la estructura del régimen, propende, sin embargo, a suavizar para el futuro, las relaciones entre ambos poderes, a unirlos aunque fuera con un hilo muy delgado, a que no resulte un abismo inaccesible, sino una zanja vadeable, el espacio abierto por el apotegma constitucional, entre el Ejecutivo y el Legislativo, con lo que sin repudiar las creencias de la época, ni desechar las inspiraciones del espíritu de los tiempos, siguiendo unas veces las huellas del doctrinarismo francés, y otras veces el ejemplo del constitucionalismo británico; introduciendo a menudo reformas en los dos, creando instituciones e inventando resortes, lograron dar impulso al mecanismo original de ese sistema prodigioso, invencible al paso de los años, inmejorable en la concepción de los hombres, que Browson llamó el descubrimiento más notable del siglo; que Gladstone calificó de la obra más admirable que había salido del cerebro humano; que Castelar aclamó como el ideal por cuya victoria suspiran a una todos los ánimos varoniles, en toda la redondez del planeta.

No otra cosa sino una bella transacción con las impurezas de la realidad, siempre destructora de idealismos, eterna asesina de ensueños, puede significar, en la obra magna de Filadelfia, la intervención del Senado en el ejercicio de las funciones meramente administrativas y el derecho del veto de las leyes otorgado al Presidente de la República. Todo el edificio científicamente delineado, toda la combinación maravillosamente bosquejada para hacer girar las ruedas de la máquina gubernativa, sin rozamientos que las deterioren ni ejes que las sostengan, se esfuma o se disuelve con ello instantáneamente. La separación proclamada como principio fundamental, se convierte ya—dentro del propio texto—en la coordinación de poderes. La base de cooperación de las dos ramas se reconoce como indispensable para el desarrollo de la actividad del Estado.

¿Ha resultado suficiente en la práctica esa medida?

Por sí sola, aplicada escueta y rigurosamente, se hace preciso reconocer que no. La realidad impone una mayor, más estrecha y más constante aproximación de los poderes para el desenvolvimiento equilibrado de las fuerzas políticas nacionales. La Constitución de los Estados Unidos dió cuerpo a la famosa teoría del balance de los poderes—las ocho balanzas soberbiamente descritas en 1814 en la notable carta de John Adams a John Taylor—creó

el sistema de los frenos y contrapesos, de bien ganada nombradía mundial. Pero su potencialidad ha sido declarada insuficiente por la estática gubernamental.

Si la balanza pudo sostenerse en el fiel durante los primeros años de la República, se debió al mayor respeto que a las instituciones tuvieron los mismos que las levantaran, al prestigio personal y a la influencia poderosa de aquellos gobernantes, a la ausencia de partidos políticos, con orientaciones definidas, organizaciones completas y las naturales y legítimas aspiraciones al poder. Después, todo el peso fué a inclinarse a favor del poder legislativo, reduciendo a sufragánea la autoridad del órgano ejecutivo, y degenerando el sistema en el funcionamiento del Gobierno Congresional que en 1885 denunció al mundo el ilustre estadista que hoy ocupa la Casa Blanca, para que, más tarde, los impulsos de la reacción provocaran actos como los determinantes de las protestas con que las oposiciones al Partido gobernante, o los disidentes de la propia agrupación, aturdieron al pueblo norteamericano, a raíz de los conflictos surgidos en 1904, por la aplicación de la ley de pensiones a los veteranos de la guerra de secesión y en 1905 por la ejecución del tratado celebrado con la República de Santo Domingo.

Pero ambas medidas, la participación concedida al Senado en las gestiones administrativas y las facultades otorgadas al Presidente respecto a la sanción de las leyes, más que de verdadera cooperación en las recíprocas funciones, representan medios de defensa. El veto contiene, no impulsa. Puede suspender la legislación considerada inoportuna, ilegal o injusta; no promover la legislación que se estima necesaria, eficaz o procedente. El Senado puede rechazar el nombramiento del funcionario corrompido o inepto; no recomendar por vías constitucionales, la designación del individuo de especiales aptitudes para el cargo. Responden ambas intervenciones al propósito de formar diques con algo más sólido que los finos corondeles que marcan en los textos las líneas fronterizas, de dividir las zonas con algo más resistente que las "barreras de papel" levantadas en los Códigos para evitar las posibles extralimitaciones de los dos órganos de la soberanía.

Y para que el lazo de unión entre el Ejecutivo y el Legislativo se establezca en términos de asegurar el normal ejercicio de las actividades del Estado, reclama la experiencia continental que el acercamiento sea más íntimo, la ligadura más fuerte, el contacto más permanente.

Si se ha de lograr ese fin, no es preciso abdicar de los principios, por irrealizables, ni descartar el régimen por inservible, ni archivar el sistema por anticuado. Bastará seguir desenvolviendo el mismo criterio que durante más de un siglo han enseñado a América sus grandes maestros constitucionales. En el Código Fundamental de los Estados Unidos hemos calcado los latinoamericanos, los sistemas de gobierno de nuestras nacionalidades, a despecho de las advertencias de Europa que nos señalaba incompatibilidades de espíritu, de experiencia, de educación, de raza, y hasta de sangre, con la placidez abacial que caracteriza al régimen; y de igual modo en la práctica norteamericana deberíamos todos inspirarnos—ellos para no abandonarla, nosotros para copiarla—en el criterio evolutivo de interpretación del texto. Con el espíritu de adaptación a las necesidades creadas por el crecimiento de las naciones, y por el consiguiente desarrollo del régimen gubernativo; y aprovechando las fecundas enseñanzas de los años, y los frecuentes castigos de la vida, el sistema puede eternizarse. Ya hemos convenido en que la separación no excluye la coordinación. ¿Por qué no procurar ahora la cooperación constante entre las dos ramas de la soberanía?

Ninguna fórmula más sencilla para conseguir ese resultado, ningún remedio más eficaz para destruir el germen que en algunos países invade corrosivamente las instituciones, ningún procedimiento más seguro para obtener la verdadera "interaction" de los poderes de que hablara Goodnow, que estableciendo la asistencia de los Secretarios de Despacho o Jefes de Departamento, a las sesiones del Congreso. Frente al cúmulo de ventajas que esa medida proporciona, no se levanta, en realidad, más que un obstáculo, ni se opone, generalmente, más que un argumento. Se dice que ello contraría la naturaleza misma del régimen, que trueca, sustancialmente, los Gobiernos Presidenciales en Gobiernos de Gabinete, y forma un sistema híbrido del representativo y del parlamentario, débil en sus asientos, difuso en su desenvolvimiento, peligroso en sus resultados. Con esos fundamentos se ha acusado a algunos países latinoamericanos de mistificadores del principio.

Y sin embargo, por mucho que se ahonden y por lejos que se extiendan las diferencias entre el Gobierno Presidencial y el Gobierno de Gabinete, parece como que resulta imposible despojar al último de sus características estables y diáfanas para estimarlo disfrazado con el ropaje del primero, mediante el simple hecho de señalar a los más altos funcionarios un asiento en los escaños del Congreso, a fin de que lo ocupen cuando tengan a bien ilustrar con sus recomendaciones a cualquiera de los cuerpos legisladores, o sean llamados por algunos de ellos a explicar sus gestiones o responder de ellas.

El régimen parlamentario, el Gobierno de Gabinete, es esencialmente régimen de responsabilidades. Como medio de hacerlas efectivas, el Ministerio tiene que ceder a la influencia de la Cámara, la cual da sus miembros al Gabinete, dirige su política y le exige la dimisión cuando se revela en desacuerdo con ella. Y para contrarrestar esa preponderancia del órgano legislativo, el Presidente ha de poseer el derecho a convocar y cerrar o disolver el Parlamento. Sin ese derecho, no hay régimen parlamentario posible. Mientras una constitución no lo establezca no puede decirse, por lo tanto, que crea un Gobierno de Gabinete. Ahí radica la esencia y se encarna el espíritu del parlamentarismo. El derecho de convocar y terminar las legislaturas viene a fijar el matiz del sistema, puesto que compendia sus atributos clásicos, sintetiza la forma de su desenvolvimiento e integra los elementos de acción que le dan vida. Todo lo demás es accesorio, resultan adherencias más o menos permanentes, productos circunstanciales de las necesidades de la Nación, que determinan la mayor o menor flexibilidad del régimen.

¿Conservamos nosotros, los que nos hacemos la ilusión de estar montando la guardia al dogma, el principio de la separación de los poderes sin mácula y sin deterioro? En las regiones de la teoría lo desflora violentamente la institución del veto. En la práctica lo mancillan, en ocasiones, sin escrúpulos, las relaciones subrepticias que entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, inyunge la opresora tiranía de la vida real.

Tal es el defecto capital, el vicio más dañoso, la mácula más grave que hoy se advierte en el sistema. Decretado el utopismo de la vida independiente del órgano ejecutivo y el legislativo, se ha tendido en el subsuelo la red de comunicación entre ambos. La relación existe aunque los aparte y emancipe la doctrina; sus destinos se han trabado a despecho de la manumisión señalada por los textos. La obscuridad los protege, el incógnito los resguarda, un velo impenetrable al juicio público se cierne sobre las responsabilidades. Tal parece que en ocultas emboscadas se buscara el asalto a los cánones políticos; tal parece que en abismos de tinieblas se tratara de ultrajar la doctrina con una cópula incestuosa. Así en el secreto y en el misterio, se sostienen muchas veces las relaciones entre los Poderes del Estado. Y así se anula la garantía

de la "publicidad general" que representa, según la expresión feliz de Royer Collard, la fianza primordial de todas las libertades; se mata el principio fundamental de las constituciones modernas, que es, según Barthelemy, la alianza pública de la libertad con la autoridad; se destruye la base de publicidad, de aire, de luz, en que descansa el Gobierno Republicano; se hacen trizas, se evaporan, se reducen a la nada, se arrojan al espacio, al Cosmos, al vacio, como partículas inservibles de una obra de locos, como restos nocivos de un engendro fatal, lo que es el asiento y es la defensa, el trono que levanta y el escudo que protege los ideales eucarísticos de la democracia, en que, a la vez, se funden como en un crisol, se cifran como en un estandarte, se guardan como en un tabernáculo y se veneran como en un santuario, los fervientes anhelos de progreso, los legítimos derechos de bienestar y las inexhaustas esperanzas de engrandecimiento de las comunidades modernas.

Todo eso, es preciso confesarlo con intenso dolor, pero con absoluta verdad, lleva implícito la fórmula que, en los países que no se han decidido por facilitar a sus poderes de aproximación más claros y expeditos, se ha creído encontrar para allanarse a la voz imperiosa de la realidad que consagrara el enlace. En el pánico de realizar una infracción del texto constitucional, o descarnar con un brusco rozamiento principios que nos empeñamos en mirar como intangibles, no nos hemos percatado del ataque dirigido contra lo que es invulnerable para nuestras conciencias y la corrupción infiltrada en lo que es más puro y está más alto y resulta más venerable para el alma política de América—el ideal de la democracia y el culto al republicanismo. Así es que conviven obscura y secretamente, los órganos de la soberanía, allí donde sólo se sanciona el contacto público, cuando el Senado repele nombramientos o el Presidente rechaza leyes. Para encontrar la harmonía, para regularizar la marcha de ambos organismos, para hacer posible su funcionamiento, sin obstáculos que a cada paso lo interrumpan, ni estampidos que frecuentemente aturdan y obscurezcan la atmósfera política, se han abierto aquellos sótanos misteriosos, quizás simbolizados en la ciudad de Washington por los pasillos que bajo tierra comunican algunos edificios del Estado. El Poder Legislativo interviene — positiva y resueltamente — en la administración. El Poder Ejecutivo contribuye—decidida y frecuentemente—a la elaboración de las leyes. Todo a cambio de transacciones numerosas y variadas que nunca salen a la luz pública y que se plantean y se resuelven y se ejecutan en el seno de los comités. Ellos son los que en la práctica de nuestros países, los países arrullados todavía por el ensueño de que los poderes permanecen alejados, porque así lo dice la Constitución; elaboran las leyes (de acuerdo muchas veces con sugestiones del Poder Ejecutivo) y hacen los nombramientos valiéndose de la influencia decisiva que ejercen en las dependencias del Gobierno. El sistema produce, como indeclinable consecuencia, la languidez extraordinaria en las sesiones formales de los cuerpos legisladores. Son las suyas, como con justicia se ha llamado, sesiones puramente de aparato. Casi puede decirse que no se reunen para deliberar, sino para votar. Casi puede afirmarse que generalmente se conoce de antemano cuál ha de ser el resultado de la votación.

¿Sabe nunca el pueblo, conoce la opinión, cuál es la obra del Gobierno, la ley que éste desea?

Abiertamente, por conductos oficiales, por sendas legales, en ningún caso, puede el hecho llegar a su noticia. El Gobierno puede, desde luego, presentar un proyecto de ley. No puede en el orden constitucional, pero puede en el orden real. Para ello se valdrá del Senador o Representante amigo. El pueblo, para enterarse de que el proyecto es del Gobierno, tendría que ponerse a escudriñar las relaciones políticas o personales, existentes entre el miembro

de la Cámara que lo presenta y el Jefe de Estado o sus Secretarios de Despacho. Es decir, el pueblo tendría que internarse en las vías subterráneas en que se mueven los poderes. Y al internarse le sería muy posible tropezar con otra influencia secreta, otro poder invisible, el del congresista que sirve al Gobierno para sus empeños legislativos.

¿Sabe nunca el país las razones del Gobierno para solicitar una ley? ¿Conoce los motivos de la Cámara para negársela?

Muy pocas veces—en rarísimas ocasiones—se hallará en aptitud de apreciarlo, porque la labor inevitable de convencimiento y el período necesario de argumentación, no se desarrollan ante el público, en las sesiones de la legislatura, sino que se desenvuelven en una serie de conferencias personales, o, a lo sumo, en las reuniones a puerta cerrada de los Comités Parlamentarios.

Y si la falta de publicidad es la sombra más espesa que se tiende hoy sobre el sistema conforme se aplica en algunos de nuestros países y el bacilo más pernicioso que aloja para los puros ideales de la democracia, no puede desconocerse que las nieblas quedan disipadas y el microbio destruído, mediante la asistencia de los individuos del Gabinete a los cuerpos legisladores, considerándolos miembros ex-officio de ambas Cámaras: "Un pueblo no se gobierna realmente por sí mismo," ha escrito Wilson en un libro que tiene dada la vuelta al mundo, "sino cuando discute sobre su administración y la interroga." Y para ello, para que la discusión sea más eficaz y la investigación provechosa, es necesaria la presencia en las Cámaras de los representantes de la Administración, a fin de que contesten rápida y precisamente las preguntas, expliquen sus actos, definan sus palabras, descubran al país los móviles inspiradores de sus gestiones, al mismo tiempo que beneficien a los que han de votar las leyes, con los consejos de su experiencia, señalándoles los puntos débiles que es preciso vigorizar, indicándoles los extremos obscuros que es conveniente aclarar, sugiriéndoles las reformas que es prudente introducir; afrontando, en suma, franca y virilmente, a la faz de la Nación entera, las íntegras responsabilidades de su actuación.

Empero, cabe argüir, con relación a uno de los extremos apuntados, que esa intervención en la legislación la conceden al Ejecutivo aun las constituciones de tipo representativo más severo, como la Constitución de los Estados Unidos. En ese sentido se ha citado muchas veces el precepto constitucional que autoriza al Presidente de la Unión Americana a recomendar al Congreso las medidas que estime útiles o necesarias. Y no ya dentro de ese texto, restringido y estrecho, sino aplicando el criterio a constituciones como la de Cuba, en que la facultad se extiende a recomendar la adopción de leyes, es incuestionable, desde el punto de vista del resultado práctico que ofrecen, que esos Mensajes Presidenciales vienen a ser, según la expresión afortunada de James Bryce, inofensivos "tiros al aire." El consejo se escucha siempre con atención, pero cuando no es relegado al olvido, se corre el peligro de que, por impericia o por maldad, se adultere al moldearlo en un proyecto de ley. Para sacarlo de las simas de la indiferencia y troquelarlo con el deseo del Gobierno, será forzoso, en la mayoría de los casos, hacer funcionar aquellos resortes invisibles, poner en movimiento la máquina silenciosa y complicada de los encargos secretos y los misteriosos cabildeos.

Otorgando publicidad a los debates, solucionando a la luz pública, en las sesiones de las Cámaras legisladoras, los conflictos empeñados entre el órgano legislativo y el ejecutivo, reclamando éste, abiertamente, las leyes que necesite para la gestión de los negocios públicos, el cumplimiento de sus promesas electorales y la realización del programa político de su Partido; y exigiendo aquél, ante la Nación entera, las razones que determinen, las causas que justi-

fiquen, o las circunstancias que impongan las medidas más trascendentales de la Administración, se contribuye, eficaz y perdurablemente, a sostener los verdaderos principios democráticos, que esos trabajos en la obscuridad y esas relaciones en el misterio, falsifican y corrompen. En la medida de autorizar la asistencia de los miembros del Gabinete, puede encontrarse la fórmula terapéutica para la curación de un mal cuya gravedad va siendo intensa, y además un tónico de extraordinarias condiciones vigorizantes para el credo político en que comulga el Continente Americano; elevados y puros ideales que precisa mantener eviternos y puros, con sus inmensos prestigios y sus radiantes esplendores, en el alma de los pueblos; para que, guardando la fé en sus destinos, puedan cumplirlos; y, conservando el amor a sus instituciones, sepan defenderlas.

Existen, entre otros, que luego han de indicarse en estos apuntes (ni por la importancia del tema abordado y la excelsitud de la Asamblea destinataria, desceñidos de la calidad de ligerísimos que la insuficiencia del autor les impone) dos aspectos del problema que se ofrecen al estudio de los impugnadores o partidarios de la medida, en términos de radical y completa discrepancia.

Ponderando aquellos los inconvenientes que la concurrencia de los Ministros a las Cámaras puede presentar, alumbrando escollos y sembrando alarmas, ofrecen como admirable exposición de su criterio, en cuanto a una de esas perspectivas, las frases elegantes y severas en que la pluma siempre inspirada de Mirabeau, puso el reflejo de sus temores de que los miembros del Gabinete, al ganar la entrada en las Asambleas, habrían de tomar por asalto su dirección.

Y afirman, respecto a la otra fase aludida, que la amplitud en los debates de las Cámaras—producto natural que tendría que recogerse de tal acercamiento al régimen parlamentario—abriría, como derivación necesaria, terreno fértil para que naciera y se desarrollara y se exhibiera en plena florescencia y amenazadora fecundidad, la planta—unas veces perjudicial y otras veces inútil—de la oratoria parlamentaria.

Pudiera, sin embargo, resultar que ahondando en el problema, no desviando la mirada al primer choque con superficie de aparente solidez, sino hundiéndola con decisión al través de ella, hasta tocar el fondo mismo del asunto, se llegará a la deducción de que, lejos de ser por ambos conceptos inconveniente y peligrosa y representar males severos y temibles, constituye ventaja positiva y saludable medicamento, la presencia en el Congreso, de los Secretarios del Ejecutivo.

¿De dónde puede nacer el peligro señalado, qué puede dar vida a los temores sentidos y engendrar la amenaza fulminada por el glorioso tribuno de la Francia? Sólo hay un factor capaz de producir esa dejación de poderes, por parte de la Asamblea; y esa absorción de las facultades directoras por parte de los miembros del Gobierno. Es indudable que la alcurnia intelectual se muestra dominadora y excluyente cual ninguna otra. Es evidente que el señorío del rango, en materia de talento, de cultura, de talla mental, y de talla moral, encumbra rápidamente al absolutismo en el poder. Es incontrovertible que donde quiera que en una agrupación humana ha descollado una palabra elocuente, respaldada por la solvencia de prestigios intelectuales, sociales y morales, allí se ha fijado la suprema dirección de la Asamblea, ella ha sido el faro donde entre las sombras de los reveses nacionales, se hincaron las miradas en busca de luz; el polo que en los desalientos de las crisis hallaron para acumularse las energías populares; la nube en que en las angustias de la opresión se condensaron los alientos del alma rebelde de las muchedumbres.

Pero si el Ejecutivo puede abrillantar las Asambleas con esas delegaciones esclarecidas, destacando de las filas de su Partido las figuras de mayor relieve para agruparlas en torno de la silla Presidencial de la Nación y frente a los bancos oposicionistas de la Cámara, es palmario que ello, lejos de ceder en algo que

la Nación debe deplorar, equivale a algo de que la Nación puede legítimamente regocijarse, toda vez que aumenta los prestigios de su genuina representación y se beneficia con los servicios en las esferas del Gobierno de las más claras y robustas inteligencias, las más sólidas y amplias culturas, y las más hermosas y brillantes palabras que el organismo político favorecido por el sufragio, tenga disponibles para el arduo ejercicio de las funciones de soberanía delegadas por el cuerpo electoral de la Nación.

Por otra parte, para contrarrestar el predominio de esas influencias del relieve personal, siguiendo siempre el sistema de balance de poderes y facultades, de frenos y contrapesos que los norteamericanos enseñaron al mundo, nada más indicado que el esfuerzo de las oposiciones por llevar al Senado y a la Cámara los elementos de mayor valer que se cuenten entre ellos; nada más lógico que oponer al prestigio de los miembros del Gabinete, el prestigio de los "leaders" de las minorías; que alzar un muro contra la fuerza dominadora que en los movimientos de la opinión del Congreso pudieran ejercitar los factores del Gobierno, con la popularidad y el arraigo y la solvencia política de los miembros de la oposición. Con esto recoge la nación un fruto de propiedades valiosísimas, elevar el tono del debate en los Cuerpos legisladores; imprimir a la discusión parlamentaria, mayor dignidad; dar relieve a las sesiones de las Cámaras; y, como secuela de todo ello, rodearlas de mayor interés para el país, cuya general ilustración en las materias que a todos interesan y cuya valiosa educación política, puede, de tal modo conseguirse; fácil, rápida y eficazmente.

Y se obtiene además otro beneficio, nada despreciable. El nivel de la política y el nivel de los políticos nacionales sube considerablemente. Las Cámaras se convierten en la exposición abierta ante el queblo, de caracteres y aptitudes. Y para competir en ellas victoriosa, o por lo menos, decorosamente, es preciso reunir dotes y preparaciones adecuadas. Una genuina y natural ambición se encarga luego de espolearlas. Los que se sientan en el Congreso saben que cuando se necesiten hombres para el Gobierno, hacia esa exhibición permanente, es lógico que se vuelvan las miradas. Todos conocen que entre los actuales Senadores y Representantes están los futuros Ministros. Y que entre los actuales Ministros se sienta quizás el futuro Presidente. La jerarquía se establece, más o menos definida o excepcionada, pero en forma que permite en todo caso el ensayo de las capacidades y que siempre facilita la cotización de los valores.

La mayoría se adiestra, se ejercita, con el fin de estar cada uno listo a la llamada que ha de marcar su ascenso en el escalafón. Las minorías disponen su aparejo para cuando les llegue el turno. Y por el flujo perenne de tales estímulos, se mantiene en su rasante la pleamar del Parlamento.

X.

Se ha aludido a los Miembros del Gabinete como representantes del órgano Ejecutivo y acaso se estime procedente la fijación del alcance con que resulta empleada la cláusula. A mi entender, hoy, aun dentro de la Constitución de los Estados Unidos, ostentan paladinamente ese carácter los Jefes de Departamento. Hace ya más de un siglo que un hombre cuya poco edificante condición moral no debe impedirnos reconocer la sagacidad de su talento político, el abate Sieyes, escribiera que la trilogía de Poderes, preconizada por el doctrinarismo del siglo XVIII, encarnaba procuraciones distintas de la soberanía nacional. Adaptando el concepto al actual funcionamiento del órgano Ejecutivo, sería dable afirmar que en la atmósfera creada, si no por los textos más o menos dúctiles o claros, al menos por los hechos, siempre relucientes y subyugadores, el Ejecutivo en América no es hoy sólo el Presidente de la Nación; con él lo integran los miembros de su Consejo. Francamente algunas, disimulada-

mente otras, consagran este principio la mayoría de nuestras Constituciones. Y aun los países en cuya carta constitutiva, no ya se omite toda referencia a las responsabilidades solidarias o individuales de los miembros del Gabinete, sino que hasta se desconoce la existencia—conjunta o aislada—de los Ministros, acogen uniformemente, como útil y previsora, la práctica del Gobierno por el Consejo de Secretarios o Ministros. Los Constituyentes cubanos, que bajo la bandera norteamericana redactaron nuestro Código, con la admirable Carta de Filadelfia por modelo, tuvieron que detenerse al advertir en este punto el contraste de matices que los Estados Unidos ofrecen entre el silencio del texto constitucional y la norma casi invariable de sus Presidentes. Quizás si entonces al levantar la vista en ansias de inspiración buscaron sus ojos, inconscientemente, como guía, a algún país de la misma raza, de igual manera que a intervalos se iban hacia las leyes y las prácticas inglesas, las miradas de los patricios de Filadelfia. Y un pueblo del propio origen étnico, pudo sugerirles sin que ellos mismos tal vez lo percataran, una solución de prudente eclecticismo. Así al través de la Constitución de Cuba, acaso se vislumbren algunos destellos del espíritu de la Constitución Francesa y las Leyes de 1791, sobre organización del Ministerio, cuando en su título IX, establece la responsabilidad colectiva y personal de los Secretarios, declarándolos, no obstante, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Quimérica sería la afirmación, en esta época, de que el Poder Ejecutivo, se ejerce tal y como expresan la mayoría de muestras Constituciones, por el Presidente de la República. En la vida política es un " hecho " en todas partes, lo que en la vida constitucional americana, lo es en Honduras y Ecuador. Para contradecir tal afirmación podrían los norteamericanos, registrando su historia, citar a Jackson, que desliza dos años de su primera Administración—de 1829 a 1831—sin convocar una sola vez a sus Secretarios; señalar el gesto casi dictatorial de Lincoln informando a sus Ministros de la abolición de la esclavitud cuando les da lectura de su inmortal proclama; invocar las altivas palabras de Hayes que al narrar sus relaciones con aquel Gabinete de notabilidades que llevó a su lado, dijera que solían reunirse no para solicitar el Presidente la opinión de los Ministros, sino para informar a los Ministros de la decisión del Presidente. Pero contra el desdén de Jackson se levanta la protesta del Congreso; junto a la actitud de Lincoln surge la queja de los Senadores Republicanos; frente a las palabras de Hayes está su capitulación ante el ingenio financiero de John Sherman a la hora de solucionar el conflicto pavoroso de la unificación del valor de la moneda. Y sobre todos esos pasajes transitorios de la vida del Gabinete americano, se yerguen el ejemplo que dieron y la pauta que fijaron Wáshington, Adams, Jefferson, Madison, Monroe, John Quincy Adams, entre los Presidentes más antiguos, al formar sus decisiones, modelar su criterio y regular su actuación bajo las inspiraciones de sus Consejos de Secretarios; se destaca el gran Hamilton, influyendo en la política del Padre de la Patria (the Father of the land); el sólido talento de Webster, manteniendo en pálidas penumbras las iniciativas de Fillmore; los intentos expansivos de Buchanan, derribados felizmente para Cuba, por las distintas tendencias de su Gabinete; y se alza sobre todo la manera uniforme con que se han producido los Presidentes más cercanos, desde Garfield hasta Wilson, no rehuyendo ocasión de hacer visible ni modo de acentuar a la luz pública, el tono y el carácter de los Jefes de Departamentos como colaboradores en la función ejecutiva, como verdaderos asociados o colegas en la realización de la obra gubernamental.

Y por lo que a la América Latina concierne, no será necesario evocar nombres no citar fechas, ni precisar recuerdos, para situarnos en posición de declarar que no se han caracterizado en la historia como períodos venturosa-

mente constitucionales, de respeto absoluto a la Carta de fundación nacional; de sumisión estricta a los dictados de la Ley; de perfecto acatamiento de los derechos de los individuos y los patrimonios de las colectividades; ni siquiera en frecuentes ocasiones pueden señalarse como épocas de tranquilidad material, de seguridad personal, y de prosperidad general, aquellos tiempos en que, por indiferencia o con violencia, los Jefes de Estado han tenido separados virtualmente a sus Ministros de toda intervención directa y positiva en las funciones de Gobierno.

No puede negarse sin cerrar los ojos a la luz de la opinión y volverse de espaldas ante la experiencia de las naciones, que la concepción gubernamental del Ejecutivo comprende actualmente al Presidente de la República y los Secretarios de su Despacho. Lo que contribuye, por lo tanto, a dar realce al cargo de Secretario o de Ministro, se traduce en el desenvolvimiento de la vida política moderna, en exaltación del auge, la dignidad y la brillantez de los prestigios del órgano ejecutivo de la soberanía de la nación.

Señálase también entre los que combaten o no aceptan la eficacia de buscar la aproximación entre los dos poderes mediante la asistencia a las Cámaras y la colaboración en las leyes de los Delegados o Procuradores del Ejecutivo, que son siempre los Ministros, el riesgo de hacer víctima a aquellos Cuerpos, por presión directa, y a la Nación entera, por efecto reflejo, de los alarmantes desbordamientos oratorios. Al Gobierno de los hombres de acción—se oye decir donde quiera—sucede en esa forma, el Gobierno de los hombres de palabra. Y esto a juicio de los que así raciocinan trae consigo inútiles, excesivos y fatigantes alardes de elocuencia, derroches de verbosidad, que cuando no resulta vana, hueca y estéril, puede ser arriesgada, perniciosa y reprobable.

El argumento se construye decididamente con fachada de solidez. Cuando ante los ojos se alza el fantasma briosa y repentinamente, llega a amedrentar. Es positivamente cierto que a las Cámaras debe irse a buscar algo más que el esparcimiento espiritual que despierte la audición de un heleno discurso. Y es asimismo dolorosamente inevitable, que entre los rosales floridos de las oraciones—que instruyen y deleitan, o que al menos instruyen o deleitan—nazca, crezca y se expanda la yerba nociva de los apócrifos Mirabeau, y los William Pitt en caricatura. Todo esto es muy susceptible de provocar un doble efecto negativo, pérdida de tiempo y pérdida de paciencia, con el natural desgaste de energía y la excisial adinamia del interés en la nación y sus delegados.

La extensión al presentar el argumento adverso, puede disculparse por la frecuencia extraordinaria con que se emplea y el carácter apodíctico que se le atribuye. Pero en realidad habrá mucho que dudar acerca de su potencia destructora, y no poco oponer al espanto que en los ánimos mejor templados para las luchas de la vida pública suele producir la visión de esas tardes interminables en los asientos del Congreso, forzados a escuchar inútiles y cansadas peroraciones.

En la prótasis de una refutación pudiera interrogarse si un reglamento cuidadosamente adoptado y rigurosamente interpretado no serviría de antídoto eficaz a esa deletérea propensión.

Por otra parte, los discursos largos y fogosos ¿no es verdad que en ocasiones se convierten en humeros por donde salen al espacio y se disuelven en el vacío la quejas y las protestas de las combustas oposiciones? ¿No es cierto que otras veces sirven de válvulas de expansión a iras y resquemores de atropelladas minorías? ¿Y no es exacto también que el desprendimiento de aquel fluido impide la fermentación de los agravios y la acumulación de aquellos vapores que pudiera determinar el acojinamiento o provocar el estallido de la máquina gubernamental?

De todos modos, en la vida política como en la existencia orgánica, al exceso febril sucede la reacción atónica; a la vehemencia de la expansión la apacibilidad del espíritu; a las furias de la tempestad las calmas de la bonanza.

Considerados bajo ese aspecto los desahogos oratorios, lejos de estorbar la marcha de los negocios del Estado, facilitan el desempeño de la función del Gobierno y el cumplimiento del programa del Partido. Actúan—desde ese punto de vista—como verdaderos excipientes que ocultan o dulcifican las amarguras de la ausencia del poder; vienen a ser, en cierto modo, la apófisis en las articulaciones de la política.

Además, el fenómeno no podrá nunca desaparecer de las organizaciones actuales. En esas sesiones "de aparato" que hoy celebran muchos de nuestros Cuerpos Legisladores, los congresistas sin finalidad visible e inmediata, a veces con auditorio tan corto de número como escaso de paciencia, consumen implacablemente el tiempo reglamentario en discursos solo destinados a excitar—cuando se lean—la admiración de su cuerpo electoral, a despertar el entusiasmo de los Comités políticos que preparan las batallas en los comicios, o provocar el agradecimiento de las personas o intereses cuya defensa se ha asumido. Y ello sí, en realidad, viene a representar discusión estéril, tiempo perdido, paciencia exasperada. "Los discursos," dice el Congressional Government de Wilson, "que debemos nosotros condenar con justo título, son las disputas de palabras estériles, a propósito de proyectos de leyes frívolas, o egoístas cuestiones de Partido. No se puede—añade—hablar demasiado largamente, ni demasiado a menudo de las medidas prácticas y de los actos del Gobierno. Cuando son llevadas seriamente y con un objeto determinado, esas discusiones ilustran el espíritu público y preparan las demandas de la opinión pública."

Nada con mayor acierto que esas frases soberbiamente gnómicas del distinguido Presidente de los Estados Unidos, podría sintetizar el criterio que debiera presidir el juicio sobre los debates parlamentarios.

Sus palabras recogen, hermosa y sobriamente, los sanos principios para regular tales discusiones. Los Reglamentos interiores de las Cámaras, buscando su espíritu y reflejando su tendencia, pudieran sin dificultad, suprimir la verbosidad exuberante, disminuyendo con ello, los peligros de la excesiva duración o la innecesaria prolijidad de los debates. Con ello, y elevando la legislatura al grado máximum de la intelectualidad y la cultura nacionales, llevando a las Cámaras lo mejor que el país pueda ofrecer, no hay duda de que el mal—si así quiere considerársele—se extirparía en cuanto lo permiten ciertas idiosincrasias de los hombres políticos, y los temores y recelos que a muchos cohiben ahora de favorecer resueltamente la medida, no hallarían causa para subsistir.

El argumento tiene también en otra fase, caracteres de exósmosis y endósmosis. Gobernante tan ecuánime y político tan perspicaz como el anterior Primer Magistrado de los Estados Unidos, buscaba precisamente en esa solución un medio de acortar las controversias orales en las Cámaras y ahorrar tiempo y labor a los legisladores, en el cumplimiento de sus funciones. "Horas de discusión," decía William Taft en su discurso del Lotus Club de New York el 16 de Noviembre de 1912, y páginas enteras de actas del Congreso, pudieran suprimirse con una breve y sencilla respuesta de un miembro del Gabinete." Se ve, pues, que junto a los que se afligen ante la cercanía de un peligro, están los que suspiran por su implantación, porque tiende a remediar actuales dolencias. Y que realmente el fantasma se desvanece por completo con el fácil exorcismo de unos buenos Estatutos en las Asambleas Legisladoras y una cautelosa selección en las Asambleas Políticas.

¡Noble misión la confiada al órgano legislativo de la soberanía nacional! Deslumbrados por su ígnita majestad no es extraño que haya podido concebírsele cual el plinto de oro que sostiene en su infracta gallardía, la columna del Estado; cual el ánfora mística en que se consagran como óleos santos la dignidad y el poderío de los pueblos.

¡Adiana y excelsa la función que ejercen! Crear leyes, es decir, adaptar a las necesidades de la vida plasmar en disposiciones coercitivas, revestir de existencia corpórea, dotar de forma sensible, proveer de fuerza material a las grandes ideas y las altas nociones que son en su abstracción sublime imperecederas en el espíritu; y en su amplitud etérea, ínsitas en la conciencia de los hombres: la Libertad, el Derecho, la Justicia.

Natural es que quien ejerza facultad tan poderosa y empeño tan elevado como son la facultad y el empeño de traducir en preceptos humanos, preceptos divinos; de volcar en el lenguaje de los hombres, el lenguaje de Dios; de situar en las disposiciones de los Códigos acirates que señalen la divisoria entre los cotos de lo justo y de lo injusto; y barreras que separen de lo lícito. lo ilícito; y expresiones que definan lo bueno y lo punible; avaros de su tesoro, conscientes de sus responsabilidades, idólatras de su obra, no se resignen a permanecer impávidos cuando el buque sale de sus astilleros para la navegación incierta sobre las olas siempre enarcadas de la política, ni se avengan a ser espectadores impasibles de sus viradas y sus vaivenes, ni pueden afectar estoica indiferencia por su suerte definitiva. Así es que cediendo a esos estímulos ingénitos del temperamento humano, las Cámaras demuestran su tendencia a realizar, a la vez que su labor legislativa, una empresa de acuciosa vigilancia sobre las Leyes que redactan; a convertirse en impígero atalaya que desde las almenas de las fortalezas registre los campos, y los mares, y advierta los peligros y los escollos y denuncie las deslealtades y los errores.

En el orden de la teoría, en las regiones puramente especulativas, donde la soberanía es siempre una e inconsútil, hay que aceptar como axiomático que la función se cumple en la dualidad de sus aspectos, por la misma entidad. Es la Nación quien hace las leyes. Y es la Nación quien cuida de su fiel ejecución. Pero el concepto—tan lleno de bellezas y de encantos—se presenta en grado tal de sutileza que, al tocar la realidad, se disipa y evapora. Los hombres, siempre son los mismos, cuando se aislan o cuando se agrupan. Y las asociaciones, por consiguiente, han de revelar los instintos, los sentimientos y los caracteres de los individuos que las forman. El sistema de separación de poderes, exhibe una vez más, en este punto, su propensión a desconocer la realidad de la vida, a prescindir del coeficiente de los hechos, a alejarse de la órbita que necesariamente ha de describir la actuación humana. Por haber omitido todo eso en la icnografía gubernamental, se producen las frecuentes invasiones de cada uno de los poderes en la zona jurisdiccional del otro. La asistencia de los miembros del Gabinete a las Cámaras, evita a los hombres que pertenecen a estos Cuerpos, el esfuerzo sobrehumano de la represión constante de sus naturales aficiones a inspeccionar la forma práctica en que se desenvuelven las leyes y les permite el acecho constante de la función ejecutiva que en cuanto a ellos se realiza. Viene a sujetar, por consiguiente, a moldes fuertes y seguros el ejercicio de inclinaciones que no pueden desprenderse de la condición humana; a canalizar prudentemente, instintos, que libres y sin cauce, llegan en sus inevitables expansiones, a quebrantar seriamente la potencia dinámica de las actividades del Estado, y a producir irremisiblemente, cuando se repiten, o se aumentan, la astenia de los organismos nacionales.

Con el Ejecutivo en el Congreso, esto es, con los Secretarios del Presidente que son sus Agentes, sus Delegados o sus Procuradores, la fiscalización del

Legislativo se lleva a cabo activa, cómoda y sencillamente. La explicación deseada, la aclaración conveniente o la rectificación necesaria, pueden demandarse a raíz del hecho que las provoca, sin las dilaciones inútiles que a los acuerdos sobre petición de datos con que en ausencia del Ejecutivo, se enmascaran amenazas de censuras, imponen frecuentemente la suspensión de los períodos de la Legislatura, el orden de los asuntos durante les sesiones o el plazo inevitable para dar curso a la solicitud y tramitar la contestación requerida. Las respuestas del Gobierno, por otra parte, tienen que ser claras, directas y concretas, ya que toda evasiva habría de traducirse en la reiteración de la pregunta, y cualquier subterfugio pudiera interpretarse como empeño sospechoso en ocultar los hechos, si es que no se acepta como presunción de culpa para la subsecuente derivación de responsabilidades.

El trabajo de investigación resulta así susceptible de cumplimiento—dentro de los límites fijados en los Reglamentos interiores—en harmonía con los principios constitucionales y bajo el precepto dogmático de la distinta jurisdicción de cada órgano de la soberanía. Las corrientes ineluctables de la opinión arrojarán con presteza del banco ministerial, al funcionario cuya falta de aptitudes alcanzaran a descubrir sus miradas de Argos. Y en cambio, estimularán con el apoyo consciente y fundamentado, y fortificarán con el aplauso enaltecedor y halagüeño, la gestión del Ministro que ante toda la Nación, en el sumario abierto y público instruído por la Cámara, proyecte luminosamente sobre cada uno de sus actos, la demostración de su idoneidad para el cargo.

"Yo he sido miembro del Gabinete inglés," decia Bryce, "y, como todos los demás, mientras estaba en el Ministerio, me parecía molesto el procedimiento. Nunca dudé, sin embargo, de que resultaba algo bueno para todos los interesados" (a good thing for everybody concerned).

Son las anteriores—más que en rápidas síntesis expuestas, en levísimos trazos bosquejadas—las ventajas principales que al órgano legislativo del Estado proporciona la asistencia a sus sesiones de los Delegados—los miembros—del Poder Ejecutivo. Junto a ellas, o sobre ellas, brilla y florece otra serie de resultados más amplios y efectivos, cuya acción beneficia simultáneamente a ambas ramas de la soberanía.

No puede alcanzar la expansibilidad del acosmismo del sistema de poderes independientes, hasta negar la existencia sensible en las acciones voluntarias del hombre, del vehemente deseo de acertar en sus empeños. Debemos, pues, admitirlo como presunción juris et de jure, en las gestiones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Y debemos reconocer, por consiguiente, que a las Cámaras anima el acérrimo propósito de dictar buenas leyes, y que el Ejecutivo aspira con ardimiento a formar con sus gestiones, láminas auríferas de la historia nacional.

Para esto siente muchas veces la necesidad de leyes nuevas o distintas, ya que toca muy de cerca los inconvenientes y las deficiencias de la legislación en vigor y puede percibir con claridad las reformas que conviene establecer, las lagunas que es higiénico secar, los vacíos que es prudente abastecer. Y a su derecho de exponerlas, de acusar las imperfecciones y solicitar las mejoras de la Ley, va acoplado el derecho de la Cámara, a beneficiarse con la experiencia constante del Poder Ejecutivo y con las enseñanzas que rápida y fácilmente adquiere en su contacto—íntimo y continuo—con las leyes.

Por carencia de adecuada información, o falta de suficiente deliberación, puede el Poder Legislativo votar leyes que sin atacar nociones superiores de Derecho, o infringir preceptos terminantes del Código Fundamental, revelen en la práctica su inoportunidad o sus defectos. El Poder Ejecutivo está en condiciones de discernirlas antes que nadie. Y debe, en tal virtud, con-

ferírsele el derecho de reclamar que se altere o se derogue lo que dificulta el áxito de su gestión, mientras que por la otra banda se otorgue al Congreso el privilegio de obtener—por conductos legales—la información de los efectos de su obra y el aprovechamiento de las recomendaciones de los que hayan tenido ocasión de experimentarla.

Además, en la confección de la ley que tiende a proveer una necesidad del país ¿quién puede señalar con más tino y precisión los lugares endebles, indicar con mayor exactitud los conceptos abstrusos, y dirigir con mejor tíulo la reforma o la innovación que se acometa, que aquellos que por su roce diario y obligatorio con el desarrollo de la vida nacional, en todos sus órdenes, se hallan en aptitud de medir de cerca sus aspiraciones, pulsar sus necesidades, auscultar sus deseos, sorprender en una rápida mirada fulgores de protestas o sombras de tristezas; atisbar en el más ligero estremecimiento del cuerpo social la intensa vibración de los nervios sacudidos por la ira, o las agónicas convulsiones de la esperanza derrotada por el desengaño? Ellos deben ser, por lo tanto, los llamados a cuidar de que las leyes que en la Nación han de regir, se conformen y se ajusten a los requerimientos de la propia Nación. Ellos deben ser, por lo tanto, los destinados a servir de parihuelas a las exigencias y los deseos sociales; a fungir de andariveles que en la nave de la legislación resguarde los intereses generales en los vaivenes de la política y las embestidas de la ambición; a erigirse en trincheras que defiendan la normalidad de la vida ciudadana, cuando se encuentre comprometida por la ineptitud, amenazada por la ignorancia, o atacada por la concupiscencia.

Para eso ostentan los Secretarios de Despacho, los miembros del Gobierno, además de los derechos de que les inviste su personal e inmediata observación de la vida nacional, imposible de ser directamente ejercitada por el Cuerpo Legislativo, los títulos de que los ciñe su carácter de representación del Poder Ejecutivo. Y no es dable perder de vista, si se ha de apreciar exactamente la condición elevadísima de este órgano, y se han de aquilatar concienzudamente sus prestigios señoriles, que el Ejecutivo viene a ser, en el orden político comunmente establecido, el Representante más legítimo—si es que no resulta el único—de la totalidad de la Nación. Los Congresistas tienen su delegación fraccionariamente, es decir, representan distritos o provincias. El Presidente tiene su representación íntegramente, es decir, representa a la Nación entera. Los Congresistas, por consiguiente, encuentran su actuación, y posiblemente su conciencia, más ligada a los intereses locales cuya defensa parece que le confía el mandato electoral, que a los intereses absolutamente nacionales. No es inverosímil que surjan—en esa situación—conflictos de intereses con la adyacente antinomia de principios y deberes. Y no es ilógico augurar para el dilema, vida muy fugaz en el espíritu del legislador, a quien, por un lado, sujeta el acta estrechamente al servicio de sus electores; y, por el otro, su egoísmo le advierte sin reparos que en el acatamiento del deseo local se trasluce el avance, o, por lo menos, el arraigo político; al paso que la sumisión al interés general puede arrastrarlo al sacrificio de su carrera.

En tales condiciones ¿deben permanecer abandonados, sin escudo y sin defensa, los intereses nacionales? Y si alguien ha de velar por ellos en esos trances ¿quién si nó el Ejecutivo está llamado a realizarlo?

Da la índole misma de las consideraciones que acaban de apuntarse, se desprende la recomendación de otra medida cuyos provechosos efectos no tardan en apreciarse en la práctica. Y es que la iniciativa de las leyes de presupuestos debería corresponder siempre, en todo caso, absoluta y exclusivamente, al órgano ejecutivo de la soberanía. Dar al Congreso carta blanca en esas materias, equivale, en realidad, a expedir patente de corso a intereses que no son colec-

tivos, para que por sorpresa y por asalto se vean acometidas las arcas nacionales por exacciones que en nada favorecen y para nada se relacionan con la vida comunal. El Ejecutivo debiera, por lo tanto, someter periódicamente al examen del Congreso, la relación detallada de los egresos necesarios al sostenimiento decoroso de la Nación, y las fuentes de ingreso en que se fía para atenderlos. Y el Congreso, previo el examen, todo lo detenido y minucioso que pueda concebirse, debiera encontrar sus facultades limitadas a aceptar o rechazar, en su conjunto, la totalidad del proyecto o separadamente, algunas de sus partidas; nunca a alterarlas, sustituirlas o crear otras nuevas.

Para el ejercicio de las funciones anteriormente aludidas, invocan los contrarios la asistencia de los miembros del Gabinete a las Cámaras, que el derecho de iniciativa que los Mensajes Presidenciales significan, y el derecho de enmienda que el veto representa, son bastante eficaces y pueden estimarse con virtualidad suficiente para llenar ambas funciones.

Ya hemos visto lo que es el veto del Presidente en la generalidad de las Constituciones que lo admiten, aunque no sería justo desconocer que muchas veces logra detener leyes notoriamente perjudiciales o manifestamente inconstitucionales. Su poder, sin embargo, nace después de concluída la tarea legislativa; y esto amortigua en gran medida el alcance de la gestión del Ejecutivo, y dirige su actuación no a impedir que se voten leyes improcedentes, sino a condenar las ya votadas. Con ello se impone una moderación extraordinaria en el ejercicio de tal prerrogativa y se obliga generalmente a utilizarle con exagerada parquedad, ya que es imprescindible conceder que no siempre se halla el ánimo propicio a desechar lo que no hubiese querido, y que la política, como la vida toda, está llena de transacciones a virtud de las cuales nos resignamos diariamente, por cortesía, provecho o caridad a convivir en estados de hecho, y pasar por alto actitudes que, de estar abastecidos de los medios conducentes a ese empeño, no habríamos vacilado en luchar con bizarría para impedir.

En cuanto a la iniciativa del Mensaje, recordemos cuán limitado es su alcance y cuán débil su poderío. Los norteamericanos han impuesto a las Constituciones afines a la suya, la interpretación de que la recomendación de medidas legislativas autorizadas por el texto, no puede legalmente el Gobierno formularla acompañando la minuta del proyecto. Y ni siquiera aquel famoso mensaje de cuatro líneas en que Lincoln, en circunstancias críticas para la Nación, requiriera con urgencia la aprobación de la Ley sobre indemnizaciones, por la abolición de la esclavitud, cuyo texto remitía, pudo pasar sin el estrépito de las protestas del Congreso. A los cubanos—a pesar de haber trazado el precepto constitucional de distinto modo, permitiendo al Presidente recomendar al Poder Legislativo la adopción de leyes—nos ahoga todavía la acepción rígida y estrecha de la hermenéutica norteamericana. De suerte que, como los Estados Unidos, vivimos reducidos en este punto, a la exposición casi literaria de las doctrinas y las opiniones del Ejecutivo, en documentos de ordinario brillantemente redactados; pero siempre desprovistos de potencialidad para poner en movimiento por si sólos, la máquina legislativa.

Y aun en los casos en que el Ejecutivo—por contar con la mayoría—es atendido en sus indicaciones, sucede en todos nuestros países que falto el Congreso de identificación con el propósito, por impericia en la redacción de la ley, o desconocimiento de las circunstancias reales en que ha de implantarse, por descuido de los correligionarios o astucias de los adversarios, por fruto de la ignorancia o parto de la mala fe, entre deficiencias del proyecto y rozaduras de las enmiendas, lo que se vota no tiene de lo recomendado sino el nombre que usurpa y la máscara con que se presenta; la idea se falsifica o se inficiona,

el propósito se anula, los efectos se subvierten; y el Ejecutivo puede entonces medir en toda su grandeza, la perfecta inutilidad de su decantada iniciativa de las leyes, teniendo algunas veces que rechazar con su propio veto la que aparece moldeada en su recomendación y votada por su consejo.

De la memoria fluye otra vez hacia la pluma, el nombre del actual Presidente de los Estados Unidos. Mas si antes se le cita como tratadista insigne, ahora se le recuerda como político escarmentado. Ninguna experiencia más típica que la suya para poner de relieve cuánto una legislatura puede hacer a la hora en que se empeña en falsear los propósitos del Ejecutivo bajo el disfraz de complacencia a sus deseos, o adopción de sus ideas. Se dice que cuando Mr. Woodrow Wilson llegó al Gobierno del Estado de New Jersey, los compromisos de su plataforma electoral exigían la inmediata abolición de los cruzamientos zoológicos. En ese sentido solicitó la promulgación de la ley correspondiente en su primer Mensaje a la Legislatura del Estado. Y la legislatura la votó enseguida. Pero en términos tales, que obligaron al Gobernador a rechazar con el veto, la medida de que él había sido fervoroso propagandista y continuaba siendo entusiasta partidario.

Hay otro aspecto que no es posible desatender en el estudio del problema objeto de esta memoria, y que por sí solo bastaría a recomendar que se abrieran las Cámaras a la actuación del Poder Ejecutivo, por medio de sus legítimos representantes.

Al iniciarse la contienda electoral, cada partido político levanta su estandarte, anuncia su programa y forma lo que en los Estados Unidos se llama su "plataforma." Todo ese conjunto de principios, todo ese núcleo de ideas, todo ese enjambre de aspiraciones, se encarna instantáneamente en la figura del candidato presidencial. Su personalidad sustituye a la bandera. Viene a ser la divisa del partido; expresa, en la concepción ideográfica del elector, la solución que ha de darse a las cuestiones que preocupan el ánimo y dividen la opinión de la colectividad. Las masas se agrupan junto al candidato, como los soldados junto al pabellón nacional. No es el pedazo de tela, es la patria, la que con ella se defiende en los combates. Así el ciudadano, cuando deposita el boleto en la urna electoral, no cree que elige a un hombre para ocupar un puesto, sino que indica el medio para solventar los problemas nacionales. Lógico es, por lo tanto, que después de la victoria, espere la solución de acuerdo con sus dictados; que todo aplazamiento despierte su impaciencia; que cualquiera vacilación provoque su desconfianza; que el más leve apartamiento del programa, lleve a su espíritu la dolorosa sensación del desencanto y los humillantes resquemores del engaño.

Para la masa electoral el hombre que su voto llevó a la Primera Magistratura de la Nación, se ha convertido ya en un símbolo; es un conjunto de leyes para la vida interior del Estado; una orientación en sus relaciones con las potencias extranjeras; un patrón de moneda o una Tarifa de Aduanas; el empuje de la libertad y del progreso contra la inercia infecunda de las tradiciones o la reacción del pensamiento y la conciencia, contra las exageraciones perturbadoras del radicalismo; es todo aquello en que cada uno de sus electores alcanzaba a percibir el remedio positivo para las dolencias nacionales; la semilla de donde habría de germinar, enhiesto y coposo, el árbol secular de la prosperidad del país; el Oriente donde habrían de nacer soles de dicha para irisar con sus matices y bañar con sus reflejos, el ambiente nacional. Por eso los candidatos triunfantes, al subir a la Presidencia, se convierten, para los electores de nuestras Repúblicas, en algo así como las alquíveas misteriosas en que en las alturas de las mezquitas o en lo lejano del horizonte, se prenden los ojos del musulmán, cuando clama su mente por inspiración o gime su alma por consuelo.

Si el silencio domina los órganos del Estado, si a la acción electoral sucede la inercia gubernamental, si al ruido de la propaganda en la campaña no sigue el ruido del movimiento en el poder; si las esperanzas mueren y el desengaño nace, el pueblo no encontrará sino a un hombre que denunciar y unas responsabilidades que exigir. Ese hombre será el Presidente y esas responsabilidades serán las suyas. Como candidato, fué el emblema de ideas; como Poder, será el signo del fracaso, por incuria o infidencia. Contra él fulminará, irremisiblemente, la conciencia popular su iracunda acusación; junto a él se acumularán acerbamente todas las quejas; y sobre él se descargarán formidablemente todas las responsabilidades.

¿Cuántas veces, sin embargo, podrá condenársele en justicia? ¿En cuántas ocasiones es suya la culpa, es él quien abjura de los principios, quien deserta la bandera y quien olvida las promesas? El programa electoral suele ser amplio; la "plataforma" abarca extremos que requieren la creación de nuevas leyes, la derogación o la modificación de las que existen. Y los comicios han dado la victoria a un Partido en la Legislatura y a distinto Partido en el Gobierno. O la dieron a la propia entidad en los dos órganos; pero luego han venido rivalidades, exigencias o recelos, a destruir la concordia, o impedir la harmonía entre hombres que aunque afines a una misma idea y adictos al mismo Partido, resultan distanciados en la vida por circunstancias o consideraciones de otro orden. La historia de cada país nos ofrece de ello ejemplos numerosos. Y no hay para que revestir a este trabajo de extensión innecesaria, con la cita de episodios y pasajes cuya simple evocación será bastante para reforzar el argumento.

Y si vemos al Ejecutivo abrumado bajo el peso de esa responsabilidad enorme, es justo que se le ofrezcan los medios para su vindicación y los recursos para su defensa; es de equidad rudimentaria brindarle la manera de que formule—diáfana y explícitamente—un programa de Gobierno, en relación con la plataforma del Partido que le llevó al Poder; que se le abran todos los caminos para la fiel ejecución de ese programa y se le provea de todos los instrumentos necesarios para la obra de persuasión que respecto al Congreso le incumbe ejecutar; que se le faciliten todos los vehículos disponibles para llevar el convencimiento al ánimo de los legisladores; y se le suministren todos los elementos requeridos para traducir en artículos de leyes los párrafos de la plataforma, trocar en hechos sus promesas, en realidades las esperanzas de sus electores, en bien de la Patria las actividades de su voluntad y las revelaciones de su mente, en éxito su paso por el Poder, que en las verdaderas democracias implica el tránsito de la dulce penumbra del hogar a las implacables luminarias de la Historia.

El cuerpo electoral tiene el derecho inalienable de exigir el cumplimiento del programa triunfador y sus mandatarios de ambas ramas tienen el deber ineludible de cristalizar en hechos sus ofrecimientos. Hoy, cuando la plataforma no pasa del papel en que se hizo circular durante la campaña, la Nación, si quisiera acometer una espagírica de responsabilidades, no sabría, a ciencia cierta, a quien pedir cuentas ni infligir castigos. La Legislatura dirá en algunas ocasiones, que el Ejecutivo entorpece la marcha, crea conflictos, dificulta la tarea, porque en el desempeño de las funciones de administración desdeña o contraría la voluntad del Partido. El Ejecutivo se escudará otras veces en la indiferencia con que el Poder Legislativo recibe sus indicaciones y acoge sus mensajes. Y en más tristes, aunque menos frecuentes ocasiones, si al público fueran accesibles aquellas intrincadas galerías donde se mantienen las relaciones esotéricas antes aludidas, pudiera descubrir una hábil estrategia conciliando la pública recomendación de algunas medidas con el pacto secreto de contravenirlas.

Aproximando los Poderes ante la faz de la Nación, ni se pueden realizar mistificaciones sensibles y violentas de las ideas y los principios republicanos y demócratas, ni hay campo para recíprocos atrincheramientos en la inacción de la otra parte; ni hay riesgo de acusar de falaz o negligente al Poder Ejecutivo con desdoro de la verdad y mengua de la Justicia.

El Ejecutivo—por actuación de sus Procuradores, los Secretarios y Ministros—debe ajustar sus proyectos a su programa político, llevarlos al Congreso, activar su estudio, defenderlos de los ataques de la minoría, convencer de las ventajas de su adopción a la mayoría. Cuando la finalidad no se logre, la Nación sabrá si culpar al Ejecutivo por su incapacidad o por su inercia, o culpar al Legislativo por su infidelidad al Programa electoral, o su abandono de los intereses de la Nación.

Aceptada la heterodoxia de los textos y las prácticas respecto al sistema consagrado en América, y reconocida la eficiencia para el desarrollo de la actividad del Estado, de la asistencia de los miembros del Gabinete a las sesiones de la Cámara, surge un problema de criterio que se refiere a su aplicación a la vida política del país; y otro problema de procedimiento que alcanza a su adaptación a las instituciones nacionales.

Radica el primero en determinar si a la intervención de los Secretarios o Ministros en los debates parlamentarios, debe seguir, necesariamente, la participación en las votaciones; si es indiferente a la doctrina que el derecho de palabra esté o no ligado al derecho de voto, o si esta facultad debe eliminarse por refractaria a los cánones políticos y opuesta a las conveniencias generales.

Sin vacilaciones ni borneos se adhiere el autor de esta Memoria a las huestes numerosas que defienden la abstención del voto. Ello implicaría, a su juicio, la verdadera confusión entre las funciones de los órganos Legislativo y Ejecutivo; la franca invasión, por este último, de la demarcación del primero. El Ejecutivo, por medio de sus miembros, debe recomendar leyes no en la amorfia de los Mensajes Presidenciales, sino en la expresión real y clara del Proyecto presentado ante el Congreso. Debe intervenir no sólo en el espíritu de la legislación—que es lo que viene a hacer en los Mensajes—sino en su encarnación definitiva, que es lo que significa el texto sometido a las Cámaras.

Mas, para que la función legislativa se conserve sin lesión ni menoscabo en el órgano de la soberanía donde reside, se hace necesario que la colaboración en sus funciones termine en el momento mismo en que la deliberación concluye. La Legislatura demanda para el cumplimiento de su finalidad, el auxilio de las apreciaciones a que en su íntimo contacto con las actividades nacionales, haya podido llegar el Ejecutivo. Es provechoso que le ayude a formar juicio. Sería vejaminoso que tuviera que emitirlo por él. Son dos órganos distintos que pueden reunirse en la Sala de sesiones, pero que no pueden confundirse para votar lo que de solo uno de ellos es privativo. La actuación de los Secretarios, en el orden de la teoría, se extingue, cuando en el terreno de la práctica los hace salir de las Cámaras, la Constitución Boliviana de 1899; en el instante mismo en que se cierre la discusión para dar comienzo a la votación.

Se inspiran en estos sentimientos de noble adhesión a los principios en sus verdaderos alcances, y de hondo respeto al Congreso, en la dignidad de su misión, las Constituciones americanas, que, iluminadas por el espíritu moderno y movidas por las propulsiones de este siglo, ofrecen, en sus cuerpos legisladores, asiento a los Secretarios del Ejecutivo, sin otorgarles el derecho de tomar parte en sus votaciones.

En el movimiento constitucional de la presente centuria, ambas nociones se ofrecen con resistencias y fulgores de postulados. Venezuela, Honduras, Ecua-

dor y Panamá, las naciones de Códigos Fundamentales adoptados en el siglo XX, autorizan la presencia en el Congreso de los Secretarios de Despacho. Pero ni dichos textos, ni los anteriores de algunas de esas y de otras naciones, que, como Chile, Bolivia y Santo Domingo, recogen el propio criterio, consienten en otorgar a los miembros del Ejecutivo el derecho del voto en el Congreso.

El criterio de aplicación de la medida se sujeta en la práctica a la completa eliminación del Ejecutivo de las votaciones del Congreso; y se enfoca paralelamente en la doctrina, al amparo del dogma de la distinción de atribuciones en las ramas de la soberanía nacional.

En cuanto al problema específicamente procesal, eminentemente práctico, de la adaptación de la medida a las instituciones, es claro que ni tiene existencia en aquellos países donde el Código Fundamental la establece, como son todos los que antes he citado, ni puede ofrecerse como fórmula para implantarla, nada que no sea la revisión del texto constitucional, en aquellos otros, como la Federación Brasileña, que prohiben la asistencia de los Ministros al Congreso. La biología política sólo da viabilidad, por consiguiente, a este aspecto de la cuestión, en el grupo de naciones, ya limitadísimo, en el Continente americano, cuyas cartas de fundación callan sobre el particular.

En ellas es donde realmente interesa el estudio de si es preciso acometer una reforma de la Constitución para lograr la aproximación de poderes que hoy se reconoce como indispensible al fecundo desarrollo de las actividades del Estado. Y dentro de cada Código habría que examinar, llegado el caso, hasta donde lo sanciona o lo permite, la elasticidad del texto.

No es posible tal labor en esta Memoria, suya índole misma descarta toda especialización y cuyas dimensiones han de mantenerse en límites prudenciales.

Pero tal vez sea permitido apuntar en ella algunas consideraciones, generales o sintéticas, destinadas a apoyar la conclusión de que no resulta necesario a las naciones apelar al remedio heroico de una revisión Constitucional, para que puedan cosechar en su vida política los efectos del enlace público y estable de los órganos de la soberanía y usufructuar el concierto de las relaciones abiertas y constantes, saliendo de la lobreguez y la infición de las criptas donde ahora se mantienen, para exhibirse sin disfraces y exponerse sin recelos, a la crítica nacional, en los aires puros y las claridades luminosas de las cumbres parlamentarias.

Y, ciertamente, que por muy leve o muy distante que sea le mirada que al problema se dedique, no hemos de tardar en percibir que resulta, por un lado que pudiéramos llamar teórico, intensamente anómalo; y, por otro lado, que cabría denominar práctico, extraordinariamente peligroso, adoptar el criterio de que el silencio del texto constitucional equivale a una prohibición; que todo aquello de que el Código Fundamental se abstiene de hablar, debe el ciudadano abstenerse de ejecutar; que asunto no abordado en el texto, equivale a acción permitida en la práctica.

Nadie en el orden del Derecho Privado, vacilaría en calificar tal afirmación de insostenible. Sin embargo, no faltan, en el orden del Derecho Constitucional, quienes la proclaman como incontrovertible. Y no sólo en este punto, en varios otros, encontramos enérgicos mantenedores de la ilicitud de ciertos actos, tan sólo porque en las respectivas constituciones no se hallan expresamente autorizados. A pesar de ello es innegable que sería la peor, la más débil y la más efímera de las Constituciones, la que con la rigidez de su texto formara un yunque al criterio de las generaciones sucesivas y en la minuciosidad de sus previsiones, alzara un valladar infranqueable a la continua mutación de las ideas.

Si la Constitución no la prohibe, no debiéramos aferrarnos al criterio de que, constitucionalmente, es ilícita la medida. Convendría, al contrario, sostener

que es lícito, lo mismo en el texto constitucional, que en los textos civiles, y en los contratos particulares, aquello que resulta silenciado. Y aun por más alto motivo y más sólido fundamento es recomendable la doctrina cuando se trata de constituciones, puesto que precisamente en la flexibilidad de sus preceptos, tienen estos cuerpos la más firme garantía de su vida y en la plasticidad de sus principios ofrecen la más fuerte resistencia a las excavaciones del tiempo, los empujes de las transformaciones de las Sociedades y las sacudidas de los cambios en la mentalidad y el espíritu de los hombres. No son, según en imágenes oportunas se ha expresado, todo el edificio ni toda la viña, sino únicamente la piedra angular o la raíz.

Para la exégesis constitucional, el factor principal ha de ser la opinión pública, que condensa todas las inspiraciones de la inteligencia y refleja todas las evoluciones de las costumbres. Es la norma seguida por los norteamericanos, y por eso su constitución ágil y vigorosa está ya recorriendo el segundo siglo de vida. Pudiera decirse que su texto enmudece al referirse a los Ministros, porque sólo empeñándose en buscarle credenciales, cabe sacar a relucir, como reconocimiento de esos altos funcionarios, las líneas de la sección segunda escrito al Jefe de cada dependencia del Poder Ejecutivo, sobre cualquiera materia relativa a los deberes de su cargo. Sin embargo, los Ministros existen, con plenos poderes legales; y el Presidente les consulta de palabra, separada y colectivamente. La Constitución dice que el Presidente podrá exigir el dictamen por escrito. No prohibe, por lo tanto, que el dictamen sea verbal. La Constitución presume la existencia de un Jefe en cada oficina del Estado. No prohibe, por lo tanto, que ese Jefe tenga el rango y la jerarquía de un Ministro del Poder Ejecutivo.

Así respecto a la concurrencia de los miembros del Gabinete al Congreso, han interpretado el precepto de la Constitución, de modo distinto al través de su vida nacional. En los tiempos de Wáshington y de Adams, los Secretarios asistían a las sesiones de las Cámaras. Hoy no asisten. Y la disposición constitucional es actualmente la misma que regía en aquella época. Mañana—sin limar el texto—es fácil predecir que volverán a concurrir. La opinión, en efecto, va pronunciándose con mayor acentuación, en ese sentido. A partir del año 1880, se observa la tendencia, cada día más clara, más fuerte y más directa. En dos ocasiones, desde 1881, ha cristalizado en acuerdos del Senado. Hoy se acusa a la Republicana América de mostrarse más exclusivista que la imperial Alemania en la concepción del Poder Ejecutivo. Ya son voces con nimbos de fama y resplandores de eminencia las que en la tribuna o en el libro, defienden con calor la implantación de la medida. Ya es el propio Taft quien desde las alturas de la Presidencia, realzando con la suprema majestad del cargo, el prestigio imantado de su opinión, celebra con entusiasmo las ventajas de la reforma y aboga con gallardía por su inmersión en las prácticas gubernamentales.

Nacida entre las últimas lumbraradas del siglo XIX y los primeros reflejos del siglo XX, la Constitución Cubana parece que simboliza en la época de su gestación, el destino político de un pueblo; y que recibe, en la ambigüedad de algunos de sus preceptos, las irradiaciones de las tendencias a la sazón encontradas en el Continente. Así surge nuestro Código Fundamental, entre el ocaso de una centuria y la aurora de otra, como ápside fulgente de la órbita gloriosa trazada por la conquista de nuestra independencia, como signo augusto de toda la historia del país, como representación excelsa de la transfiguración sublime que determinara, al poner fin a los regímenes bajo férulas extrañas y dar principio a la vida nacional, bajo la propia bandera.

Y así mitiga en algunos pasajes de su texto, la dureza broncínea de la Constitución de los Estados Unidos, insinuando un acercamiento a las zonas

más templadas de la Constitución de Chile, mientras que en otros lugares el espíritu recoge plenamente la inspiración y el articulado transcribe casi literalmente el texto de Filadelfia. Tratándose de un Código Fundamental, abierto a la interpretación de la posteridad, esas relativas nebulosidades deben ser calificadas de ventajas. Cuba, en su Carta Constitucional, reconoce la existencia de los Ministros; es más, reconoce la existencia del Consejo de Secretarios.

Deduce para tales funcionarios responsabilidades individuales y solidarias. No prescribe expresamente, como Venezuela y Bolivia, que el Poder Ejecutivo se encargue al Presidente para que lo ejerza por medio de los Ministros, Secretarios del Despacho; pero consigna que para el ejercicio de sus atribuciones, tendrá el Presidente, Secretarios de Despacho y exige para la validez de las resoluciones del Ejecutivo, el refrendo por el Secretario del ramo. No establece claramente, como Honduras y Ecuador, la iniciativa de las leyes, entre las atribuciones del Presidente; pero otorga a éste el derecho de recomendar al Congreso la adopción de leyes. Declara la incompatibilidad de los cargos de Senadores y Representantes con cualesquiera otros retribuídos por el Gobierno; pero al mismo tiempo designa los cargos de Secretarios, como de libre y personal elección del Presidente—no del Gobierno—sin refrendo de Secretario ni aprobación del Senado. Y a pesar de todo eso, nosotros no tenemos todavía en el Congreso, a los miembros del Gabinete. ¿Por qué? Porque la omisión del texto se ha interpretado hasta ahora como prohibición, o más precisamente, porque la interpretación cubana se ha moldeado en la interpretación norteamericana, aunque de la Constitución de los Estados Unidos se aceptó el tipo y se tomó la pauta; pero no se sacó la copia. Corrientes hubo—y bien fuertes y definidas—que en algunos extremos alteraron sustancialmente los conceptos y en otros suavizaron beneficiosamente el régimen. Pero una voz de prudencia y un grito de alarma produjeron la anestesia de las iniciativas y la parálisis de los arrestos en todo empeño transformador de la costumbre norteamericana. La una aconsejaba a los novicios en la vida nacional, no ser de los primeros en dejarse llevar por el impulso, ya empezado a definir de las tendencias que buscaban por medios más seguros y constantes, la aproximación de los poderes. La otra requería que se evitara a todo trance que la suspicacia o la malicia, al ver en el Congreso a los Ministros, nos tachara de buscar en prácticas en que entonces más que ahora, se percibían sabores y denunciaban vestigios de sistema parlamentario, la manera de encubrir nostálgicas evocaciones de un régimen demolido y paliar estultas añoranzas de un frrito pasado.

La actuación de Cuba se ha plegado hasta hoy escrupulosamente a las condiciones del advenimiento de su soberanía y las circunstancias de su ingreso en la comunidad de las naciones. Recogió el ambiente cuyas caricias saludaron al nacer su pabellón y se esforzó por seguir la huella de quienes marchaban delante, señalando con éxitos su paso. Natural es que libres de escoger entre dos senderos, se optara por tomar el recorrido por quienes ante Cuba desplegaban en una mano la bandera de sus triunfos y con la otra sostenían su acta de tutela. No tenemos que arrepentirnos del camino andado en estos años. Nuestra máquina gubernamental, mientras ha estado en movimiento, ha funcionado sin graves conflictos de jurisdicción ni choques serios entre los órganos de la soberanía. Palpamos sí, como todos los demás en igualdad de condiciones, los defectos del sistema; y como todos los demás procuraremos mejorarlo sin rozar el texto de nuestro Código Fundamental, ni falsear los principios de nuestro credo político.

Este Congreso habrá de dar orientaciones. A tomarlas con la misma unción con que los cabalistas de otras épocas recibieran la salvadora abracadabra,

venimos aquí de todo el Continente, ansiosos de solventar los problemas que en su marcha por la ruta del progreso, van sembrando sin cesar el desenvolvimiento ordenado de las energías humanas y la perenne evolución de los organismos sociales.

Y tal parece que al contemplar ahora las más vetustas civilizaciones anegadas en océanos de sangre y sumidas en sombras de horrores, se intensifica hasta lo sobrenatural y se engrandece hasta lo ciclópeo, el deber americano, de esforzarse en conseguir el adelantamiento del hombre en todos los órdenes de la actividad pacífica; de asegurar su victoria en todas las luchas con la naturaleza; de ampliar el espacio para el vuelo de su espíritu; de procurar la solución de todas sus dificultades, el fin de todos sus conflictos y el término de todas sus dolencias, en puros ideales de derecho y de justicia y de razón.

RESUMEN.

Para dar cumplimiento a la disposición reglamentaria del Congreso, se resumen las consideraciones desarrolladas en la adjunta Memoria, en los párrafos que siguen:

Entiende su autor, en primer lugar, que tanto los términos "Poder Ejecutivo" como las condiciones de su funcionamiento con relación al Legislativo, han de aceptarse—dentro del criterio enunciado en las líneas que acompañan a la indicación del tema—en la significación que la doctrina moderna les otorga y la práctica constante les impone. Ello equivale a considerar ese "Poder" como órgano o agente de la soberanía—única e indivisible—que reside íntegramente en la Nación; a reconocerle funciones propias, que ejercita por sí solo; y que, por lo tanto, distan mucho de estar supeditadas a la voluntad del Legislativo y a interpretar la separación absoluta de Poderes decretada en los textos constitucionales, no como "aislamiento" de cada uno respecto a los demás sino como coordinación harmónica entre los distintos órganos de la soberanía en antítesis a la subordinación de uno a cualquiera de los otros, o la mutua intromisión en sus jurisdicciones respectivas.

En busca de esa cooperación—y cediendo a los dictados de la realidad con innegable detrimento de la pureza del sistema—algunos Códigos Fundamentales de Naciones dan voz al Senado en la designación de funcionarios e invisten al Presidente de la República del derecho de vetar las leyes. La fórmula resulta deficiente porque la práctica de la vida impone una mayor, más estrecha y más constante aproximación de los poderes para el desenvolvimiento equilibrado de las fuerzas políticas nacionales. Además, ambas medidas representan, más bien, medios de defensa. El Presidente puede rechazar leyes. La Legislatura repeler nombramientos. Ni al uno ni a la otra se les otorga la iniciativa. El Ejecutivo hace siempre los nombramientos para someterlos a la aprobación del Senado. El Legislativo confecciona las leyes para someterlas a la sanción del Presidente.

Para que el lazo de unión se establezca en términos de asegurar el normal ejercicio de las actividades del Estado, reclama la experiencia continental que el acercamiento sea más íntimo, la ligadura más fuerte y el contacto más permanente.

Todo esto se consigue estableciendo la asistencia al Congreso de los Ministros, Secretarios de Despacho.

Con ello no se mistifica el sistema del Gobierno Presidencial. Porque el Régimen Parlamentario o Gobierno de Gabinete, tiene—como característica fija, como atributo inmanente—el derecho del Ejecutivo a convocar, cerrar y disolver el Parlamento.

logra la aproximación indispensable entre el Ejecutivo y el Legisla-
·dios francamente inconstitucionales; manteniendo ambos órganos,
teriosamente, continuas relaciones.
un mal grave y un germen muy dañoso a los principios demo-

ierno Republicano es la publicidad. Y con tal práctica se
to.
ıvisibles. Los Comités Parlamentarios dominan en las
no. Los Congresistas que sirven al Ejecutivo para sus
rutan de una influencia excesiva y perjudicial, por
como tal, irresponsable. El pueblo vive siempre en
orancia respecto a los movimientos que acercan o separan
dos ramas de la soberanía.

Con la presencia en la Cámara, de los Ministros, las relaciones salen de esas vías subterráneas para desenvolverse en el ambiente diáfano del Parlamento, y ante los ojos de la Nación entera.

El Ejecutivo puede reclamar abiertamente las leyes que necesite para el cumplimiento de sus gestiones y del programa político de su Partido. Y beneficiará a la Legislatura con los consejos que su contacto diario y constante con las actividades nacionales le permita facilitar.

Así se eleva la dignidad del debate en el Parlamento, y se aumenta el interés público en ella, contribuyendo a la educación política de los pueblos.

También sube el nivel general de la política y los políticos. El Gobierno procura destacar de las filas de su Partido los elementos de mayor valer, para asegurar el triunfo de sus ideas en el Congreso. Las minorías se defienden con las mismas armas, seleccionando sus huestes parlamentarias.

No hay verdaderamente, el peligro de convertir las Cámaras en inútiles torneos de oratoria. La calidad de los miembros y el rigor del Reglamento pueden evitarlo. Además, el mal—si como tal se quiere estimar—existe, aunque los Secretarios no estén en las sesiones. Y aun la presencia del Ejecutivo en el Congreso, puede suprimir—con una rectificación o una aclaración oportuna—largas y estériles peroraciones.

Desde otro punto de vista, la facilidad para la controversia con el Gobierno en ciertos casos, constituye una válvula de expansión que aligera de vapores nocivos el ambiente nacional.

Actualmente el Ejecutivo no es sólo el Presidente. Son también los Secretarios o Ministros. Más o menos embozadamente lo proclaman así todas las Constituciones americanas. De ahí que asistiendo estos a las Cámaras, asista el Ejecutivo.

En otro orden de consideraciones, la medida ofrece la ventaja de hacer posible el ejercicio de la inclinación—natural, por lo humana—de las Asambleas para ejercer una labor de vigilancia sobre las leyes que elaboran.

Y presenta a la Nación la oportunidad de depurar las culpas por el incumplimiento de las promesas electorales.

Esto es de una importancia extraordinaria para el Ejecutivo. Porque, generalmente, y por lo mismo que en la contienda electoral viene a simbolizar la plataforma del Partido, se le exigen las responsabilidades por la falta de realización de ese Programa.

Hay que tener en cuenta asimismo que el Ejecutivo es el representante más legítimo—si no el único—de la totalidad de la Nación. La representación de los Congresistas es fraccionaria, es decir, por Distritos o Provincias. Al surgir la colisión entre los intereses locales y los generales, sacrifican éstos, en aras de aquéllos. El Ejecutivo es el defensor natural de los intereses generales y deben brindársele todos los medios y recursos para ello.

Los Secretarios no deben tener voto, aunque asistan a las Cámaras. Esto sí implica la confusión de Poderes. Su misión es ilustrar y auxiliar al Legislativo. No pueden abrogarse sus facultades privativas.

En los países donde no está expresamente prohibida por la Constitución la asistencia de los Ministros al Congreso, no es necesaria una reforma del texto, Lo no prohibido debe sobrentenderse lícito.

A las Cartas Constitutivas de las Naciones debe aplicarse una hermenéutica de evolución al impulso de las ideas de los tiempos. Los textos duraderos son los elásticos, los regímenes de más resistencia son los que tienen mayor flexibilidad. Una imagen feliz las ha descrito expresando que no son ni todo el edificio, ni toda la viña. Solo la piedra angular o la raíz.

BIBLIOGRAFÍA.

Montesquieu: Esprit des Lois.

Rousseau, J. J.: Le Contrat Social.

Romero Giron (V.) y García Moreno (A.): Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos. Apéndices. Madrid, 1895 a 1910.

Romero Giron (V.) y Garcia Moreno (A.): Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos. Segunda Serie. Madrid, 1902 a 1905.

Dodu, G.: Le Parlementarisme et les Parlementaires sous la Révolution. Paris, 1911.

Castelar, E.: Los Republicanos Sajones. Retratos históricos. Madrid, 1884.

Pi y Margall, F.: Las Nacionalidades. Madrid, 1882.

Bloch, H.: Le Régime Parlementaire en France. Paris, 1905.

Barthelemy, J.: Introduction du Régime Parlementaire en France. Paris, 1904.

Moreau, F.: Pour le Régime Parlementaire. Paris, 1903.

Todd, A.: Parliamentary Government in England. London, 1892.

Esmein, A.: Eléménts de Droit Constitutionnel Français et Comparé. Paris, 1903.

Story, J.: Commentaries on the Constitution of the United States. Boston, 1905.

Barthelemy, J.: Le Rôle du Pouvoir Exécutif dans les Républiques Modernes. Paris, 1906.

Cavalcanti, A.:Régimen Federativo e a Republica Brazileira. Rio Janeiro, 1900.

Learned, H. B.: The President's Cabinet. New Haven, 1912.

Hinsdaley, M. L.: A history of the President's Cabinet. Ann Arbor, Mich., 1911.

American Political Science Review. Baltimore.

Chapham, J. H.: The Abbé Sieyés. London, 1912.

Bryce, J.: The American Commonwealth. New York, 1906.

Hernández Cartaya, E.: El Régimen Parlamentario en la Doctrina Política y en la Constitución de Cuba. Habana, 1909.

Giberga, E.: Conferencias sobre la Constitución de Cuba, en el Ateneo de la Habana. 1907.

Proceedings of the Academy of Political Science. Vol. V. New York, 1914.

Taft, W. H.: Address at the Banquet of the Lotus Club, New York City. Washington, 1913.

Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Cuba. Habana, 1910-1911.

"Congressional Government" (1911), Woodrow Wilson.

The CHAIRMAN. Among the positions taken by Señor Angulo two especially commend themselves to me from personal experience: First, the impossibility of making a strictly threefold division of the powers of government; we can not practically divide the powers with a mathematical line. The other is that the chief executive is chosen by the whole people and represents them more closely than a member of any other department can. I think that some of our American constitutions are sadly defective in not recognizing the first of these great truths in practical government.

We will now hear from Dr. Thomas I. Parkinson, of the bureau of legislative drafting connected with the Columbia University.

LEGISLATION AND EFFICIENCY IN GOVERNMENT.

By THOMAS I. PARKINSON,
Of Columbia University, New York City.

The particular phase of the subject under consideration this afternoon which I have undertaken to discuss is the relation of legislation to efficiency in government. That relation I conceive to be twofold: (1) the tendency to seek justice through legislation enforced by the executive rather than through general rules enforced by the courts at the suit of a wronged individual; and (2) the dependence of all administration, its organization, powers, and procedure upon the provisions of legislation.

In the first place, law, after establishing and preserving public order, exists for the development of the common good. More and more we tend to judge a legal rule by its results in operation, and the test of its efficiency tends to become its effectiveness to prevent wrong and secure right.

The other day Mr. Root, speaking of the rights of small nations, said that there is no protection for the weak except the protection of the law, and there is no protection in the law except in so far as the law is clear, precise, and definite. That is equally true when applied to the weak individual in the community. There is no protection for the weak citizen except the protection of the law, and in the practical affairs of our complex civilization we see constant evidence of the fact that there is protection in the law only when its terms are reasonably precise and definite.

The English and American common law of master and servant developed from general rules which became more definite as judicial decisions established precedents or as the legislature declared specific rules. Such general rules as those which required that the employer should provide a safe place to work in, safe tools to work with, and reasonably competent fellow employees, or that rights of liberty or property be exercised with reasonable regard for like rights in others leave such wide fields of doubt as to their application to particular instances that they tend to lose their effectiveness to accomplish their most important purpose. Rules of law declaring rights and duties are after all intended to maintain those rights and enforce those duties. Their effectiveness for this purpose depends on the extent to which the individual, when about to act in matters affecting the rights of others, is confronted by the probability that unless he is diligent in ascertaining and observing those rights

he will be obliged to pay redressive damages or suffer a criminal punishment. Where the rule declaring the right and the duty is specific, where its violation is readily detected and easily proved, and where there exists some public agency which may be expected to act vigorously in detecting and proving the violation, the individual is not apt recklessly to exercise his rights in disregard of his duties. Where the right and the duty are general, the proving of violation is difficult, and there exists no effective public agency for detecting or proving such violation, it is likely that those individuals who do not observe the rights of others unless compelled so to do will take the chance of neglecting their duties in the expectation that they can get away with it.

What protection for a weak employee, or the weaker dependents of a killed employee, is to be found in that rule of our common law which required employers to provide a safe place of employment? Under the operation of this rule the employer was free to decide for himself whether to obey or disobey the law and if he chose to obey he was equally free to interpret its application to his particular circumstances. In fact no standard being set up he was obliged to lay down his own rules. In making his choice, however, he was obliged to take the risk which might be involved in his interpreting the general rule too favorably to himself. In that event he might find himself obliged to make amends to the employee whose rights had been infringed. But the only compulsion to obedience, the only restriction on the employer's freedom to disregard the right of the employee was his anticipation of possible or probable inconvenience or loss in redressing the wrong to the employee. This is the sanction of our common law; the fear that the State at the suit of the person injured may compel redress of damage done. Whether this sanction will enforce the employer's obedience to the rule requiring a safe place of employment depends on the extent to which it is probable that an injury resulting from his disobedience will be redressed by the judgment of the court and the payment of money damages.

To the extent that the remedy of the injured employee is difficult of pursuit, to the extent that judicial procedure is technical, costly, or slow, the value of the judicial sanction tends to diminish as a means of enforcing compliance with the law. Justice obstructed or delayed is frequently justice denied. It is unnecessary to cite instances of wrongs helplessly endured because of the difficulties of setting judicial machinery in motion and the still greater difficulties of satisfying its technicalites which by adroit and powerful wrongdoers are made into so many pitfalls to entrap the unwary plaintiff.

In the majority of our States we have found the negligence rule enforced by individual action seeking redress for a wrong done under it inefficient to accomplish the purpose of the law, namely, the protection of the welfare, the safety, and the lives of employees. Therefore, we have replaced this rule with legislation, but not with legislation alone. We have not merely substituted for the general rule established by the common law through judicial decision an equally general rule established by the declaration of the legislature. In the place of the general rule fixing rights and duties of individuals and enforced by judicial tribunals in controversies submitted by individuals, we have substituted legislation which undertakes to prescribe specific standards enforced by State action through administration to prevent the wrong and to avoid the controversy.

Modern factory legislation provides that all places of employment shall be safe, that particular kinds of machines shall be safeguarded with designated guards, and that factories shall be constructed, equipped, and operated with materials and in the manner prescribed. These provisions are enforced not by

the individual's action for redress of a wrong done him but by an administrative agency established by the State to enforce compliance with the legislative regulations. The employer who violates these regulations is punished not for the injury thereby resulting to an individual but for his very violation.

We have gone still further in this field of labor legislation. Where accidents happen—and after all possible care is taken to prevent them experience demonstrates that they will happen—instead of requiring the employee to go into court, prove the nature of his injury and the amount of his damages and obtain a judicial decision as to the amount he shall recover, we have attempted to establish an automatic system providing a schedule of compensation for the various classes of accident he may sustain in the course of employment. And not content with this we have done or are rapidly doing in this country what has been done in Europe, namely, requiring the insurance of the compensation liability so that the employee and his beneficiaries may be assured of it under all circumstances without regard to the solvency of the particular employer. Finally, we are beginning to set up State agencies to supervise private insurance companies which carry compensation insurance, or public insurance funds, to write such insurance.

These agencies have for their purpose more efficient accomplishment of the general purpose of the law, namely, the protection of the employee and the securing in the interest of the common good his rights to life, health, and safety. All of these laws are dependent for their success upon the activities of the administrative arm of government. All of them involve the creation or extension of administrative agencies. They bring forcibly to our notice serious difficulties as to the extent to which a republican form of government can in this new field of administration efficiently accomplish the purposes of government.

This transition is witnessed not only in the field of labor and related legislation. It is going on in all those fields where, because of the increase in population and the complexity of relationships, enforcement of common-law principles is found to involve too much confusion or waste of effort. A simple illustration is found in the highway law. On a country road the general rule for users of the highway, "keep to the right and when approaching crossings exercise care," is sufficient. The individual using the highway exercises his own discretion in the interpretation of the rule, and as it suits his convenience he goes to the left or whips up and crosses quickly. His discretion to suit his convenience is not interfered with except that he becomes liable to respond in damages at the initiative of one injured by his turning to the left or by his crossing in a hurry. That rule operates satisfactorily in a rural community, but imagine it in operation on one of our great city streets! Imagine individual freedom to interpret a general rule of the road at the intersection of Forty-second Street and Fifth Avenue in New York City! It could only result in confusion and disorder and would be promptly condemned. In its place we have established specific standards for the use of such highways, and we have set administrative officials to say, "This is the right" and "Now you may cross." This represents the tendency from redress of wrong by judicial regulation to prevention of wrong by police regulation.

In the law of landlord and tenant we no longer leave the rights of the lessor and lessee wholly dependent on their own contracts or on general rules of law. We have by legislation prescribed minimum conditions of construction, equipment, and sanitation of leasehold premises, and we have denied the right of an owner to lease, to be occupied for lodging purposes, any place which does not comply with the required minimum. We have given the lessee no remedy by which

he can enforce his new rights to a minimum air space, lighting, and sanitation. Instead we have created administrative agencies to compel the compliance with these new standards and have provided various penalties, civil and criminal, to be imposed for noncompliance therewith.

The common law developed the general rule that public-utility service should be without discrimination as between individuals, and that rates should be reasonable. Neither rule was sufficient to protect the individual shipper, who, even if he had a right which he felt had been violated, lacked either the resources or the influence or the time to prosecute to vindication the right which he felt had been wronged. Therefore we have established utility commissions, railroad commissions, and other administrative agencies, the purpose of which is to set standards of reasonableness and standards of fair service and to enforce them upon public carriers and other public-utility companies.

The tendency to develop the administrative arm of government is not confined to any one field of law, nor do I believe there is any general theory which explains it. It represents generally a clumsy striving on the part of the community to secure more efficiency in the operation and effect of its law. Compromises in the interest of economy of time and effort and certainty in business transactions result frequently in overturning general rules and replacing them with more specific statutory regulation. Examples are found in our workmen's compensation law, our Torrens systems of land-title registration, our standard insurance policies, and our legislation for the control of riparian streams and of water rights therein.

The effect of this legislation is to increase tremendously the administrative arm of our Governments, Federal and State. Our appropriations for administrative departments have increased by leaps and bounds, and we are obliged, whether or not we desire it, to turn our attention to the problem of efficiency and economy in our public administration.

I do not want to deal particularly with the subject of efficiency and economy. I had hoped that Dr. Schurman would be here to tell you of his experience as one of the leading members of the recent constitutional convention in New York. Much of the time of that convention was given to the reorganization of the administrative forces of the State, to centralization of executive authority, to an executive budget, and to provision for more effective executive leadership in legislation. The development in size and importance of the administration is driving us toward centralization of power and responsibility in administration, and this in turn seems to require more definite executive leadership in matters of legislation. The New York convention provided that the heads of administrative departments of the State government might be taken from the membership of the legislature, thereby indirectly making it possible for administrative officers to take part in the deliberations of the legislature.

Without going into the question of ways and means of accomplishing efficiency in administration, I want to emphasize the relationship of legislation to any efficiency program. In a republican form of government there is no administration except as it is provided for by legislation. The organization, its procedure, powers, and duties, must be found in general or detail provisions of legislation. Unless legislation be carefully adapted to the problems which will be encountered in its administration, its provisions may and have frequently in this country become a strait-jacket on the administration. It often happens that carelessly formulated legislation contains provisions respecting its administration inconsistent with efficiency and economy and yet binding on officials. Until such legislation is amended or repealed there can be no reorganization of government and there can be no general scheme of efficiency and economy put into force.

In the United States our constitutions contain a great deal of material relating to the administration of powers and duties and interrelationships of public officers. The first thing we need as a basis for improvement in our administration is a revision of our existing constitutional and statutory provisions dealing with the organization, procedure, functions, powers, and duties of our administration.

Even where our constitutions and statutes do not definitely provide for the organization and procedure they do contain provisions which affect the administration. These provisions frequently interfere with the accomplishment of constructive reforms in administration. Irrespective of the extent to which provision for our reorganized administation should be written into our constitutions and our statutes, it is essential that all constitutional and statutory references to administration be consistent with the accomplishment of constructive reforms. Our constitutions and statutes should therefore be subjected to a general survey by persons familiar with the fundamentals of constructive proposals for the improvement in our administration and should be rewritten in the interest of advancing rather than retarding the realization of the purposes of such reorganization. Thereafter the proponents of new legislation should assume the responsibility for carefully adjusting the administrative provisions of their proposed statutes in the interest of their effective administration. This does not mean that the drafters of legislation should define too sharply the particular kind of administrative organization or procedure for the enforcement of the rules prescribed in a statute. Room should be left for administrative discretion and the development of the administration to meet new conditions. It is difficult to draw the line between that which should be incorporated in the statute and that which should be left to the discretion of the administrative officials.

No public officer ever enjoyed more autocratic administrative power than that intrusted to Col. Goethals for the construction of the Panama Canal. He had full power to organize, reorganize, or abolish the various divisions of his administrative force. We can not pass statutes granting rights and imposing duties and hand over to public officials any such autocratic and general authority for their enforcement. There must be some limitation, some description of the power which the administrator may use and of his method of using it. These limitations are provided for by legislation. It is legislation, therefore, which controls the administration. When Col. Goethals found a bureau or department under his jurisdiction operating wastefully or inefficiently he had only to change it to suit his purposes. When we find waste or inefficiency in our public offices we have, in most cases, first to amend the legislation affecting those offices before we can accomplish our proposed reforms.

In the development of the administration we are but following in the footsteps of European nations. We have much to learn from their experience. In the field of comparative law there is no more important and practical opportunity for the application of the results of research than in that of administrative law.

If we Republics on this side of the Atlantic are to enjoy the benefits of efficient law and government we must first bring about efficiency in our judicial and administrative machinery for the enforcement of law. We have a great problem and a great opportunity. Can we prove to the rest of the world that a republic can develop an efficient and economic organization? Unless we do prove that our republics have that capacity—apart from the tremendous pressure which their place in an armed camp puts upon our sister republics in Europe—then we may find ourselves obliged to sacrifice liberty to safety and thereby help the world to take a step backward in government.

The CHAIRMAN. We have heard a very thorough, vivid, and forceful expression of the philosophy of twentieth century law, particularly that part of it which has to do with administrative government. The subject is now open to discussion by any members of the congress who care to be heard.

Mr. PHANOR J. EDER. Mr. Chairman, I should like to ask Dr. Parkinson if he does not think that the tendency of intrusting the development of law to administrative bodies will be to abolish the legislature, and whether it is not high time to come out in the open and admit that that would in itself be a very good thing; that representative government is no longer what we used to think it; and that government for the common good can best be carried on through administrative agencies, with the direct control of the people, omitting the representative government through inefficient legislatures?

The CHAIRMAN. If Dr. Parkinson will accept that challenge, he can now respond.

Mr. EDER. But it is not a challenge.

Mr. PARKINSON. I believe that while it is essential that we delegate many of the details of modern legislation to administrative bodies, it is, nevertheless, desirable that representative legislatures control the broad underlying policies of such legislation. And I believe that the tendencies in administration and the development of the law to which I have been referring will go on quietly without destroying the legislature, provided the legislature is so organized and so equipped that it can properly perform its prime function of policy determining, and so that the detail work which it now does which is rather the work of experts, shall be relegated by the policy determining body to experts employed by it. That does not mean turning over to experts the formulation of legislation. On the contrary, it means perfecting the legislature as a policy determining body, the policies being based on exact technical expert opinion furnished to it.

Mr. EDER. Mr. Chairman, I do not know whether it would be transgressing on Dr. Parkinson's time or energy too much, but I think it might be of great interest to members to hear something about the bureau of which he is the head in New York and of the excellent work that it is doing.

The CHAIRMAN. Perhaps Dr. Parkinson would be willing to give us some information of his work there.

Mr. PARKINSON. Mr. Chairman, we have organized at Columbia University, under an endowment provided for the purpose, a bureau which is devoting itself to research in legislation and public administration. We are carrying on that research both theoretically and practically. We are making studies of constitutional limitations, in the course of which we recently completed and published for the

New York constitutional convention a complete index digest of all provisions of the State constitutions of the country as they existed on January 1, 1915. We are collecting and indexing for comparative purposes the legislation of the States and of foreign countries, and then, in order that our research may not go too far into the air and produce merely publications, we are making the services of our staff available to legislatures, public bodies of various kinds, heads of administrative bureaus, and semipublic agencies working for some kind of political reform through legislation. We are lending technical service in the formulation of their legislation, and in evolving the administrative machinery which will be necessary to carry it out. In this manner we are finding opportunity for the application of the results of our research to practical problems of law reform. I think I am quite safe in saying that under the auspices of Columbia University we are endeavoring to develop a legal research bureau which may, I think, be described as analagous to the medical research bureaus, and, like them, we are giving out the results of our researches to be applied in the practical affairs of life.

The CHAIRMAN. We will now proceed to the final paper to be read this afternoon, by Dr. Fernando Sánchez Fuentes, of the faculty of the Law School of Habana, whom I take great pleasure in introducing.

GOBIERNOS PRESIDENCIALES Y PARLAMENTARIOS EN EL CONTINENTE AMERICANO.

Por FERNANDO SÁNCHEZ DE FUENTES,

Profesor de la Universidad de La Habana, Cuba.

No puede ser más interesante este problema de Derecho Público interno, ni más acertada su inclusión en el cuestionario de los trabajos de esta sección, formado no sólo con vista de las cuestiones que atañen a las relaciones de Estado a Estado—Derecho Internacional Público—de Estado a ciudadano o de legislación a legislación—Derecho Internacional Privado—sino para estudiar los aspectos más importantes y transcendentales de la vida pública interna de las Naciones o sea su Derecho Político, promoviendo de este modo una acción colectiva científica de positivos y provechosos resultados.

Es sabido que uno de los caracteres distintivos del régimen representativo es la separación de los Poderes y de la no realización en la práctica de esta separación se deduce uno de los más graves cargos contra el sistema.

Pero hay que tener en cuenta que aún en la necesidad de usar términos del lenguaje corriente, éstos han de tomar cierto sentido técnico al ser empleados, por lo que la *separación* de dichos Poderes no quiere decir *aislamiento* del uno respecto del otro; como *harmonía* no quiere decir *confusión* sino que, por el contrario, supone y exige la *unidad* de cada parte y la *variedad* de ellas para que su conjunto determine esa harmonía, por lo que esa *separación* no impide la debida y natural *coordinación* entre órganos de una propia entidad,

que después de todo, van a realizar, cada uno dentro de su función, el fin primordial del Estado, el jurídico.

Ahora bien; no es menos cierto que hay que perfeccionar en la práctica el funcionamiento del sistema y que la forma defectuosa en que se realiza da lugar a todas esas censuras, el eje de las cuales gira en torno de la falta de diafanidad de los procedimientos, de la ocultación a la general opinión de los pueblos de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, etc., dando lugar a los "Poderes tácitos" de que hablaba Hamilton.

Y aunque se ha buscado el nexo entre ambos poderes en el "speaker" y en las Comisiones de los Cuerpos Colegisladores, es evidente que, para que desaparezcan esos defectos y cesen esas censuras hay que hacer algo que supla esas deficiencias y que estando perfectamente regulado por la ley, sustituya el sistema irregular y acomodaticio hoy en práctica, del cual no debe derivarse, como piensan algunos, la condenación del régimen presidencial, sino el estímulo para su perfeccionamiento ya que a otros respectos presenta en su esencia misma, ventajas. Uno de esos medios de relación entre ambos Poderes, puede ser, a no dudarlo, la asistencia de los Secretarios de Despacho a las Cámaras, sin que exista objeción constitucional verdaderamente seria que lo impida ni en los Estados Unidos ni en Cuba.

En los primeros, encontramos al principio de su historia, al propio Presidente acudiendo al Congreso para dar cuenta de sus mensajes como lo hace el actual hombre de Estado que hoy ocupa el Ejecutivo Nacional, hasta que un espíritu de más radical republicanismo hace, con Madison, en 1818, declinar la fórmula. Después, son frecuentes los casos en que un Secretario es llamado si no a informar ante las Cámaras a hacerlo ante sus Comisiones. Podemos recordar como reciente, la información facilitada por el Secretario de Estado, Mr. Knox ante una Comisión Congresional; y en el propio Senado de los Estados Unidos existe, como se confirma en una de las últimas ediciones de la conocida obra "Gobierno Congresional" del Honorable Presidente Wilson, un proyecto de ley en el que se propone tal medida.

Ni el texto Constitucional Norteamericano ni el Cubano, inspirado en aquél, se oponen a tal reforma, limitándose a la prohibición de que los empleados del Estado puedan ser miembros, al mismo tiempo, de una u otra Cámara.

Y he ahí fijada, de paso, la forma en que los Secretarios podrán asistir al Congreso: sólo con voz, no para votar porque entonces vendrían a ser también parte de aquellos Cuerpos, desde el punto en que ejercitasen los derechos de los mismos, entre los que figura como el más importante, el voto.

Nuestro criterio favorable a esa innovación lo hemos demostrado en la práctica, coadyuvando en el proyecto cubano discutido en la Comisión de Justicia y Códigos de nuestra Cámara, y aprobado después por ésta, aunque no llegó a ser ley.

El proyecto establecía que para que comparecieran los Secretarrios era necesario que así lo acordase el Cuerpo respectivo, de modo que se necesitaba de una votación por mayoría ordinaria, de la mitad más uno, para ello, evitándose así que para cualquier futileza fuera llamado el Secretario, el cual tenía también el derecho de concurrir cuando lo creyera conveniente para hacerse oir y para presentar mensajes e informar y discutir.

No creo tampoco, como se ha indicado elocuentemente aquí, que puedan tener el derecho de proponer leyes que el Ejecutivo envíe por su mediación pues en este aspecto la prohibición constitucional sí es terminante.

La Sección 3 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, dice, refiriéndose a las facultades del Ejecutivo: "Presentará de tiempo en tiempo al Congreso un informe acerca del estado de la Unión y recomendará a su con-

sideración las medidas que creyere útiles y necesarias," y el inciso 4° del Artículo 68 de nuestra Constitución expresa: Que al Presidente corresponde: "recomendar la adopción de leyes y resoluciones que creyere necesarias o útiles.." El artículo 61 de la Constitución Cubana consigna, además, que "La iniciativa de las Leyes se ejercerá por cada uno de los cuerpos colegisladores indistintamente."

Esta sí es una prerrogativa del poder legislativo y el atribuírsela a los Secretarios que compareciesen al Congreso sí sería vulnerar o conculcar el sistema pues se daría la confusión, que aquí sí existiría, de los dos Poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, en las propias manos.

No compartimos la opinión de que el Veto, dentro del sistema Representativo, es una contradicción de sus principios, porque le da al Ejecutivo facultades legislativas. No; la facción, la discusión de la ley se ha llevado a efecto independientemente; no ha intervenido para nada en ello otró Poder y eso es lo que importa a la separación fundamental de iniciativas del régimen. Si después, ya salida la ley de la esfera de acción del Congreso, al disponerse su ejecución, se autoriza al llamado a hacerlo a que suspenda esa ejecución, lejos de un mal, en buena doctrina y aun desde un punto de vista de práctica constitucional, debe estimarse ello como una ventaja pues de un lado este acto sólo hace referencia a la ejecución de la ley y es, dentro de nuestras fórmulas democráticas, meramente suspensivo, pues la ley puede ser nuevamente votada por las dos terceras partes del Congreso y será ejecutada a pesar del veto; y, de otro lado, es prudente y discreto tener un resorte, contar con un medio que permita decidir la conveniencia de la ejecución de la Ley en el momento en que hay que aplicarla, muchas veces bien distinto, aun para sus propios autores, de aquél en que la hicieron.

A lo que hay que propender por todos los medios es a que no se invada la esfera de un poder por otro; y a este respecto, útiles han de ser cuantas medidas se estudien y ensayen para lograr el que se cultiven las relaciones entre todos los órganos nacionales sin quebrantar el sistema de la independencia de los Poderes, la cual es menoscabada a menudo por falta de medios adecuados de correspondencia y comunicación por lo que puede sostenerse que el proveer a esos medios es garantizar la estabilidad y el afianzamiento de las instituciones de las democracias organizadas bajo tal sistema.

Frecuente motivo de malestar y de graves trastornos ha sido en nuestros países latinoamericanos esas extralimitaciones de facultades; por eso considero tan importante el particular que, desenvolviéndose dentro de los límites del Derecho Público interno, puede asumir los caracteres a veces de un problema que afecte al orden internacional. Reiteremos nuestro parecer acerca de la oportunidad de la discusión de este tema, porque es de aquéllos que contienen cuestiones que están directamente enlazadas con el ejercicio de los más altos derechos, con la equitativa ponderación de los Poderes del Estado, con todo lo que constituye, en fin, el más sólido asiento de la Justicia y la Paz Nacionales.

The Chairman. With the reading of the following papers by title I pronounce this subsection adjourned sine die:

Executive responsibility for State government in the proposed constitution for New York, by Jacob Gould Schurman.

Relaciones entre los poderes judicial y legislativo, by Carlos Bravo.

La dictature républicaine et le gouvernement brésilien, by Antonio dos Reis Carvalho.

Gobierno y responsabilidad, by Justino E. Jiménez de Aréchaga.

EXECUTIVE RESPONSIBILITY FOR STATE GOVERNMENT IN THE PROPOSED CONSTITUTION FOR NEW YORK.

By JACOB GOULD SCHURMAN,

First Vice President of the Constitutional Convention of the State of New York.

Although the people of the State of New York did not, in the election in November, adopt the proposed constitution, which had been prepared for submission to them by the constitutional convention, the plan of reorganizing the State administration under executive leadership, which carried with it a large increase in the powers of the chief executive and a corresponding increase in his responsibility, commanded wide interest and attention not only within the borders of the State of New York but among all the States of the Union. That plan it is proposed to describe briefly in the following pages. But, first of all, a word may be devoted to the convention which provided the new constitution.

The constitutional convention met in Albany on the 6th day of April, 1915, and completed its labors and adjourned on Friday, September 10, at 8.15 p. m. There were 168 delegates, including 15 delegates at large. Of the delegates 116 were Republicans and 52 Democrats; but, except in the matter of apportionment, party politics seemed to play no part in the convention. With the exception of the apportionment article, which was submitted to the people for separate action, all the amendments incorporated in the new constitution (that is, 32 out of 33) were adopted not only by the votes of a majority of the Republican delegates but also by the votes of a majority of the Democratic delegates.

It was preeminently a convention of lawyers; indeed, three-fourths of all the delegates were lawyers. Among them were many of the leaders of the bar in the State. Prominent lawyers from New York City of both parties exercised a commanding influence in the deliberations and decisions of the convention. By way of contrast it is worth recalling that in the convention of 1821 there were only 37 lawyers, as against 68 farmers; and even as late as the convention of 1846 there were almost as many farmers as lawyers, there being 42 farmers to 48 lawyers.

A great deal of hard work was done by members of the convention. Over 800 amendments were proposed and these were carefully considered in committees. Out of all these 33 were adopted by the convention.

The most important work done by the convention concerns the executive department of the government. Our administrative system had in the course of its evolution become very complex and unwieldly. Although the existing constitution nominally vests the executive power in the governor, there are, as a matter of fact, over 150 different boards, commissions, bureaus, and offices taking a more or less independent part in the administration of the State's affairs. This is due in part to the manifold activities in which the State has from time to time embarked and the failure of earlier conventions to make any proper organization of the government to which these activities might from time to time be adjusted by the legislature.

The new constitution provides for a grouping of all the related administrative functions of the State in a systematic plan of coordinated departments. The legislature is given power to make adjustments within this scheme, but it is prohibited from creating any office or function not assigned to one of these departments. Under the existing constitution there is an enumeration of

elective State officers, but no consistent plan of organization. The State superintendent of public works and the State superintendent of prisons are constitutional officers. But the commissioner of highways, the superintendent of insurance, the superintendent of banks, and others are statutory officers. There seems no reason why some of these departments should be included in the constitution while others are omitted. The new constitution proposes a new classification of all administrative functions of government into a few defined groups and the assignment of these functions, partly by constitutional provision and partly by legislative enactment, to a limited number of civil executive departments, which are named in the proposed article.

It is proposed that there shall be 17 civil departments in the State government. These departments fall into three groups, according to the general functions of the officers and departments described. In the first place, the attorney general, who is the law officer of the State, and the comptroller, who is the chief fiscal officer of the State, are continued as elective officers. Many members of the convention desired to make these officers appointive, but they were compelled to yield their views to the majority. The basis of the compromise is to be found in the peculiar relations which these two officers hold to the people of the State as a whole.

The second group of departments embraces those which from the character of their jurisdiction and authority can not be considered as purely executive agencies of the Government. Their functions are not exclusively administrative but in part judicial and legislative. To this class belong the department of education, the public service commissions, the civil service commission, the industrial commission, and the new conservation commission. These officers serve for longer terms than the governor, the object being to secure continuity of policy. With the exception of the educational department, in which no change has been made, the members of all these commissions are appointed by the governor with the advice and consent of the senate, and their removal has been made more difficult than that of the purely administrative officers and that of the heads of purely executive departments.

Thirdly, we now come to the departments which are strictly executive in nature. There are 10 of these, designated as follows: accounts, treasury, taxation, state, public works, health, agriculture, charities and correction, banks and insurance. The governor is to have exclusive power to appoint and to dismiss the heads of these departments. They may be regarded as so many fingers of the executive hand. And, as the governor will be held responsible for the administration of public affairs, it was only right that he should be granted the freest choice in the selection and dismissal of his assistants and coadjutors.

Little change was made in the functions of the departments of state, health, agriculture, banks, insurance, and labor and industry, excepting that certain miscellaneous duties of collecting public revenues now performed by some of them were transferred to the department of taxation and of finance. The new department of public works includes the functions of the State engineer and surveyor, State superintendent of public works, State commissioner of highways, State department of public buildings, and State architect. The department of charities and corrections remains substantially unchanged, but a secretry was appointed as head of the department with power, not of administration, but merely of inspection and supervision of all State charitable institutions, State hospitals for the insane, State prisons, and other State correctional institutions.

The reorganization of departments, which has just been described, is associated in the popular mind with the demand for the short ballot. The voter on election day has in the past been compelled to choose not only his candidates for governor and for lieutenant governor, but also his candidates for numerous other State officers. It was found in practice that it was impossible for the voter to exercise discrimination in making his choice. He knew something about the candidates for governor, but little about the other candidates, and perhaps about some of them nothing at all. The reform adopted by the advocates of the short ballot had for its object to relieve the voters of the embarrassment caused by this multiplicity of offices and candidates on the ballot which he was required to cast on election day. And the short ballot reform movement, on this ground alone, made considerable headway among the public.

But the reorganization of the administrative activities of the State and the consolidation of them into a limited number of departments was necessitated not only by the political considerations involved in the short ballot movement, but also by requirements dictated by the principles of sound administration. From an administrative point of view the machinery of the State government was hopelessly defective. For good administration there must be some supreme authority who is ultimately responsible. In the State government this must be the governor. But the governor in the past shared the jurisdiction of the executive department with many other officers, some of them statutory, others of them constitutional, each occupying a circumscribed field in which he was practically independent of the governor. There was, therefore, no single agent who could ultimately be held responsible for the administration of State affairs. In the second place, the principles of good administration require that the supreme executive authority shall have the right to select and dismiss his assistants. This is what is done in private business and this is what is done in the Government of the United States and in the government of our cities.

The new constitution proposes that the governor shall exercise ultimate control of the administrative affairs of the State with a free hand to select and dismiss his assistants. Consequently, the governor can hereafter be held responsible by the people for the administration which he gives them. In the past it was unjust to hold him responsible because over large portions of the administrative field he had no jurisdiction and could wield no authority.

Our State governments have been far less developed than our Federal Government and our city governments. Many Western States have realized the evil, and they have endeavored to cure it, but the remedies which they have adopted were such fads as the initiative, referendum, and recall, etc., which, while they exercise a certain deterrent effect upon evildoers, have no potency to stimulate to higher service either the average or the superior man. Their aim was to make evildoing difficult or impossible. The recent constitutional convention of New York State on the contrary, while not blind to the dangers of corrupt administration, was especially dominated by the thought of securing efficient government by the concentration of power and responsibility. We have not yet exhausted the duties which the new constitution proposes to put upon the governor. One other function of supreme importance was assigned to him. In the past the appropriations of public moneys have been made by the legislature and made in a thoroughly haphazard manner. The governor indeed had the right to veto any appropriation made by the legislature, either at the time or within 30 days after the adjournment of the legislature. This procedure, however, is in direct contravention of the practice followed by our best city administrations, and also of the practice of the most advanced governments in the world. In all these bodies it has been recognized that the preparation of

the budget is a function belonging to the executive and not to the legislative department. The proper work of the legislature is to legislate; it has no administrative control or authority over the bureaus or departments which spend the money of the State and can not, therefore, correctly appraise their needs. Furthermore, since the legislature is made up of members who represent localities, each is naturally anxious to secure appropriations for his district, so that the appropriation bill when finally adopted represents a compromise or bargain between districts, rather than a deliberate and well-digested grant to meet the legitimate needs of the different agencies of the State government. Finally, the appropriation bill, as it has been enacted in the past, is put through with little or no publicity and little or no debate and criticism.

The procedure hitherto followed needs to be reversed. As the chief executive is responsible for the operations of the executive agencies that spend the State's money, he alone, after consultation with the heads of these agencies, is in a position to prepare an estimate of the proposed expenditures for the next fiscal year. It should be the duty of the governor of the State of New York, as it is the duty of the executive branch of the government in European countries, to go before the legislature with his estimates and ask that the legislature grant the appropriations needed for carrying on the public service. It is the duty of the legislature to scrutinize every item asked for and to criticize anything that is open to criticism, but the legislature should not have power to make any increase in the items of appropriation asked for by the governor. It should, of course, have a right to reduce or strike out any item and legislative criticism may sometimes lead to reductions; but before changes are made the governor and heads of departments should be heard on their financial proposals. The new constitution provides that they shall have the right to go before the legislature and, when requested by the legislature, it shall be their duty to appear to explain the items in the annual estimate. The new constitution further provides that the governor, along with the estimates of proposed expenditures for the ensuing fiscal year, shall present to the legislature a financial statement of the current resources and liabilities of the State, including its debts and various funds, and including also, for the purpose of comparison, a statement of its current expenditures and revenues in past years. And, if it shall appear that the resources of the State are inadequate to meet the proposed expenditures, the governor shall submit a proposition for new measures of taxation.

It will be seen that this reform completely reverses the existing relations between the governor and the legislature in the matter of appropriations. At the present time the initiative in the making of appropriations is with the legislature and the governor has the right to veto what the legislature proposes. Under the new constitution, on the other hand, it is provided that the initiative in matters of appropriation shall be with the governor who submits to the legislature an estimate of the expenditures which he deems necessary for carrying on the State's business and requests the legislature to make the appropriations for that purpose. The legislature is at once put in the position of critic and reviser of the governor's financial program. No legislator can put his finger in the treasury to get appropriations for his own locality, and hence all legislators will be interested in keeping down the expenditures of the State.

It is not, however, intended absolutely to prohibit all financial legislation by the legislature. But it provided that neither house shall consider further appropriations until the appropriation bill proposed by the governor shall have finally

been acted upon by both houses. Additional appropriations may then be made by separate bills, each for a single work or object, but these bills are subject to the governor's veto. The estimates of the financial needs of the legislature and of the judiciary are made independently of the governor, the former being certified by the presiding officers of each house and the latter by the comptroller. These are transmitted to the governor for inclusion in his annual budget; he may not revise them, but he is free to make such recommendations as he may think proper.

If one attempted to describe in language borrowed from foreign governments the governor's powers, functions, and duties under the new constitution, it might be said that he is really the prime minister or chief executive of the State and at the same time minister of finance or chancellor of the exchequer. There is no reason why the real head of the State in Canada, England, France, or Australia should not occupy such a twofold position. If in practice he does not ordinarily do so, it is probably due to the fact that the burdens of a finance minister are too heavy to combine with the position of head of the cabinet; and in any event the prime minister selects the minister of finance and is responsible for his official work.

It will be seen that the new constitution puts very grave and onerous duties on the chief executive. He is made definitely responsible for the success of his administration. There can be little doubt that the State will gain by this concentration of power and responsibility. And the opportunity of rendering such large and important service to the State should attract to the office of governor a class of men who in the past have felt little or no ambition for the honor.

In view of the larger powers which have been vested in the governor, it is essential that he should be held to strict accountability by the people. For this reason the convention made no change in the governor's term of office. The committee on governor and other State officers reported indeed in favor of extending the term from two to four years and this proposal was favored by an influential group in the convention. But after careful consideration and discussion the convention decided by an overwhelming vote in favor of leaving the term as it is. If the governor makes a good record in two years, the people will have an opportunity of reelecting him; if he makes a poor record, the people will have an opportunity of getting rid of him. The committee on governor and other State officers recommended the four-year term with ineligibility for reelection. Had this been adopted it would have removed the governor for four years beyond the control of the electorate. But, since in a Republic the voters will in the end control their own officials, I have no doubt that if the four-year term had been adopted it would have led in a short time to a strong demand for the recall. The good judgment of the convention was shown in leaving the term as it has been. Under the cabinet system of Great Britain and other parliamentary countries the chief executive may be dismissed at any time by an adverse vote of a majority of the representatives of the people in the legislature.

The present constitutional inhibition against members of the legislature receiving any civil appointment within this State or the Senate of the United States from the governor, the governor and Senate, the legislature, or any city government was omitted from the new constitution. The motive for the change was to furnish additional inducements to young men of character and ability to lead them to devote themselves to the service of the State. Under the amended constitution a candidate for election to membership in the assembly or senate might also aspire to appointment as head of one of the administrative departments and consequently to a seat in the governor's cabinet. At present even the ablest young men after a term or two in the legislature

retire to private life. The proposed amendment would tend to keep them longer in the public service and familiarize them both with the administrative and the legislative branches of the government.

Of course this change would tend to break down the rigid barriers that now separate and often antagonize the legislative and executive departments of the Government. Each would be kept better informed of the sentiments and policies of the other. Unnecessary friction would be avoided. Directness and simplicity would take the place of roundabout and complex methods. Party responsibility could be more directly enforced. The one danger to be guarded against is the subordination of legislative independence to executive domination. But party solidarity and frequent elections will probably prove a sufficient protection; if not, other remedies can be devised in the light of experience. For the rest, the eligibility of legislators for administrative posts and cabinet positions, like the reorganization of the executive department and establishment of an executive budget, is only another step toward that representative and responsible cabinet government which most civilized countries have adopted. For the sake of efficiency and definite responsibility this system invests the chief executive or prime minister with large powers. And among those powers is leadership in the legislature—leadership exercised both directly and through the agency of cabinet members. The power to appoint legislators as members of his cabinet will enable the governor to exercise a leadership, not indeed so complete, yet sufficiently influential, in the Legislature of the State of New York. Indirectly, a strong and wise governor, if he enjoys popular confidence, may through his cabinet guide the legislature; directly he is real head of the executive department and responsible minister of finance.

RELACIONES ENTRE LOS PODERES JUDICIAL Y LEGISLATIVO.

Por CARLOS BRAVO,

Profesor de la Universidad de Bogotá, Colombia.

I.

1. La sola enunciación del título de este estudio supone resuelta una controversia de Derecho Constitucional, a que dió origen el principio de feliz invención de la separación de los poderes del Estado, que apareció por primera vez en Inglaterra en el siglo XVII a iniciativa del publicista Locke[1] y que luego con caracteres más precisos, con desarrollo más completo y con más dilatadas consecuencias, planteó Montesquieu, que por eso es considerado como el verdadero preconizador de tan trascendental principio.

2. De acuerdo con él, la Administración de Justicia constituye uno de los poderes del Estado y es como los poderes legislativo y ejecutivo una emanación de la soberanía nacional, con órganos adecuados para el ejercicio de sus funciones. Cada poder es como el representante de un atributo distinto de la soberanía de la Nación.

3. Una de las consecuencias más importantes del principio de la separación de los poderes es la independencia de cada uno respecto de los otros. Esta independencia significa, en términos generales, que cada poder puede ejercer la función que le es propia espontáneamente o por propia autoridad; que en su ejercicio mismo esté libre de toda coacción o influencia extraña y que las de-

[1] A. Esmein, Elementos de Derecho Constitucional francés y comparado, pág. 393.

cisiones o medidas que adopte regularmente sean acatadas por los otros poderes, sin que en manera alguna puedan hacerlas frustráneas. Esto es lo que en rigor exigiría el principio de la separación e independencia de los poderes y el concepto de soberanía que encarna cada uno de ellos.

4. Empero, no deben extremarse las consecuencias de la división de los poderes y de su independencia, de manera de hacer de ellos entidades totalmente extrañas o antagónicas, en atención a varias consideraciones: 1ª, porque siendo todos ellos emanación de la soberanía del Estado, deben desarrollarse armónicamente para el logro de un fin común, que es el del mismo Estado; 2ª, porque la *limitación* de los poderes, que es también canon de todo régimen constitucional, implica una serie de relaciones de coordinación, por una parte, y de subordinación o dependencia, por otra, que hace que en el orden de la sana razón no sea posible concebirlos sino unidos y vinculados en beneficio de la Administración pública y señaladamente del orden y de la libertad, que se harían imposibles con poderes absolutos y sin cohesión.[1]

Por consiguiente, dentro de la independencia de los poderes públicos existen necesarias y saludables relaciones, que ora son de superioridad, ora de subordinación; pero jamás puede hablarse de separación absoluta.[2]

5. Cada uno de los poderes legislativo y judicial tiene una función especial en la vida del Estado que importa definir, siquiera sea en sus lineamientos generales, para determinar la situación de cada uno y llegar al conocimiento de las relaciones que deben existir entre ellos.

Al Poder Legislativo corresponde la función de dictar las leyes para todo el organismo del Estado. Por consiguiente, a él toca determinar el *orden público y jurídico;* reglamentar el ejercicio de los otros poderes y en general dictar la regla aplicable en todas las esferas de la actividad social, dentro de los límites que le haya trazado el Poder Constituyente. De ahí que pueda decirse que así como la expresión más alta de la soberanía del Estado es el acto originario de constituírse, esto es, de determinar las formas de su vida pública, interior y exterior, así en su vida ordinaria, el Poder Legislativo es la expresión regular y normal de su soberanía. Por estos motivos, la doctrina en el Derecho Constitucional, particularmente en el régimen representativo, no vacila en afirmar la supremacía del Poder Legislativo sobre los otros poderes.

La misión que corresponde al Poder Judicial en la vida del Estado consiste, según Bluntschli, en la *protección y mantenimiento del derecho.*[3] Esa función se ejerce no solamente en los casos de disputas entre los individuos con ocasión de sus derechos civiles, sino cuando ocurre la violación de las leyes represivas o penales por causa de un delito. En suma, al Poder Judicial atañe la aplicación de la ley a los casos de la vida real, mediante un juicio o un proceso, a que pone fin una sentencia, que determina el derecho aplicable al litigio o delito de que se trate.

6. Desde el punto de vista más especial de las relaciones entra los poderes legislativo y judicial, según quedan definidos de una manera general, el principio de la separación de los poderes y de su independencia recíproca comporta las siguientes lógicas consecuencias:

1ª. El Poder Legislativo no puede ejercer la función de *juzgar;* por tanto, debe acatamiento y respeto a las decisiones judiciales, no solamente en cuanto no le sería dable anularlas, pero ni siquiera suspenderlas, modificarlas o discutirlas. Es más, no podría suspender el curso de un proceso en que la Nación fuera una de las partes, aún so pretexto de utilidad pública, porque

[1] Art. 57 de la Constitución de Colombia: "Los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones."

[2] Bluntschli, Teoría General del Estado, pág. 458.

[3] Bluntschli, Obr. cit., pág. 462.

una medida semejante sería no solamente un atentado a la independencia del Poder Judicial, sino una violación de los derechos individuales.

2ª. Si la función del Magistrado es la de determinar el derecho aplicable a cada caso concreto que se le presente legalmente, ni puede dictar decisiones de carácter general que abracen los casos semejantes al que actualmente considera, ni extender el efecto de ellas a época futura. Esta doctrina, que no sólo contribuye a determinar más si cabe la índole de la función judicial, por cuanto describe los límites en que se ha de ejercitar, es la razón de la diferencia específica entre esa función y la legislativa y una de las bases de la independencia entre los dos poderes. Tal doctrina, de aceptación universal, es la que la legislación civil de varios países ha resumido en la fórmula de que "los jueces no pueden proceder por vía de disposición general o reglamentaria en los negocios de que conocen."[1]

3ª. La aplicación de las leyes, que incumbe al Poder Judicial, implica la obligación fundamental de cumplirlas. En consecuencia, no podría arrogarse la facultad de dictarlas, casarlas o impedir que surtieran sus naturales efectos, porque cualquiera de estos actos entrañaría la violación de la independencia del Poder Legislativo y sería la negación del principio vital mismo a que ambos poderes deben su existencia y que les señaló su respectiva esfera de acción en el desarrollo del Estado.

II.

7. Empero, ya aquí surge una dificultad, que de modo espontáneo se ofrece a la mente del filósofo político, en demanda de una solución que ponga en armonía la facultad natural de interpretación que parece traer consigo la misión de determinar el derecho en cada caso, el respeto que el magistrado debe a la misma ley y a la Carta fundamental del Estado, que obliga por igual a los poderes públicos, con el principio de la separación de los poderes y la independencia del Poder Legislativo en la órbita de sus atribuciones.

Podría, pues, preguntarse si el Poder Judicial, en ejercicio de sus peculiares atribuciones, tiene facultad para discutir la validez de la ley, o sea, si ésta guarda o no conformidad con la Constitución. Esta cuestión entraña un problema de Derecho Constitucional, que si bien en el terreno de los principios estrictamente constitucionales no debería tener más que una solución, la negativa, en el hecho, en las leyes fundamentales de los distintos Estados, ha tenido dos, que han marcado rumbo especial en el desarrollo de las respectivas legislaciones.

8. Desde luego podemos avanzar la idea de que en aquellos Estados en donde se ha conferido de modo expreso al Poder Judicial la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes o en donde la Jurisprudencia la ha deducido de un texto constitucional más o menos claro, la acción del Poder Judicial, como elemento ponderador en la formación y desarrollo de la legislación, ha sido y será más intensa que en aquellos Estados en que rige el principio opuesto; porque no puede negarse que aquella facultad o prerrogativa, aún ejercida en casos concretos, en la forma en que la Justicia decide de ordinario, sin que directamente y por propia iniciativa pueda proceder, esa facultad determina una corriente de influencia sobre el Poder Legislativo más eficaz que la mera facultad de interpretar la ley que virtualmente envuelve la función de aplicarla.

[1] Art. 17, C. C. colombiano; Art. 5, C. C. francés. Esa doctrina tuvo algún eclipse en la legislación de Colombia por causa de la disposición del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, que atribuía a la Corte de Casación la facultad de fijar la doctrina legal más probable e imponía a los Jueces la obligación de seguirla. El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 restableció el principio científico al dejar a los Jueces la facultad de aplicar o no la doctrina de la Corte, según su criterio.

De ahí que en un estudio sobre las relaciones entre los poderes judicial y legislativo y sobre la influencia de aquél en la función de dictar las leyes, se destaque como punto culminante la facultad de examinar la constitucionalidad de ellas, porque semejante facultad va derechamente a ese objeto.

9. La doctrina que consagra la facultad o prerrogativa del Poder Judicial de examinar la constitucionalidad de las leyes y de determinar el predominio de la ley fundamental sobre éstas, se puede decir, tuvo origen en las costumbres anglosajonas e impera entre los pueblos de esa procedencia en donde quiera que la Constitución del Estado limita las atribuciones del Poder Legislativo.[1] En los Estados Unidos la Jurisprudencia la ha deducido de algumos textos constitucionales, que a primera vista no son completamente claros en el particular, y algunas Repúblicas centro y suramericanas le han dado carta de naturaleza en sus respectivas leyes fundamentales, calcadas en la Constitución americana. En cambio, en Francia y en los demás Estados europeos, excepción hecha de Inglaterra, ha prevalecido la doctrina constitucional de que el poder judicial no puede tomar parte alguna, directa ni indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo y no puede por ende examinar la constitucionalidad de las leyes.

Como esta disparidad de doctrinas entraña cuestiones complejas, que revisten grande importancia, será bien que examinemos los principios científicos y los elementos de otro orden que han determinado la adopción de una y otra doctrina en los distintos Estados.

10. La doctrina según la cual el Poder Judicial tiene facultad para examinar la constitucionalidad de las leyes está en su origen científico y en una de sus fases estrechamente relacionada con el carácter del Estatuto fundamental en cada Estado, según que este Estatuto haya sido colocado por encima de las leyes ordinarias y no pueda ser revisado sino en las condiciones especiales que él mismo establezca, o según que la Ley fundamental esté en la misma condición de las leyes ordinarias y no pueda hablarse de constitución en el sentido propio del vocablo, dada la significación que tiene en Derecho. Esta distinción corresponde a las constituciones que se denominan *rígidas* y *flexibles*, en razón, respectivamente, de las trabas que hayan opuesto para su revisión y reforma o de que hayan dejado la adopción de esas medidas a la Legislatura ordinaria, en las condiciones en que se expiden las leyes de derecho común.

En los Estados en que acontece lo último, las leyes que determinan las formas de la vida pública tienen el carácter de leyes ordinarias y pueden ser revisadas y reformadas o derogadas de la misma manera que éstas; por consiguiente, el Cuerpo Legislativo es el poder soberano del Estado, que tiene la primacía sobre los otros, y entonces no puede hablarse de leyes constitucionales porque en casos semejantes no habiendo distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo, éste no está ligado por una ley superior y todas las que expida son leyes regulares; la ley fundamental no existe en el sentido estricto de la palabra[2] y por lo mismo no se presenta el problema de la constitucionalidad de las leyes que pueda confrontar el Poder Judicial.

Esa situación es la que existe en varios Estados europeos, no sólo de constitución *consuetudinaria*, en que la fuerza de la tradición en punto de usos, costumbres y actos de cierta naturaleza ha ido formando paulatinamente el derecho público del país, como Inglaterra, que puede considerarse como el prototipo de Estados de esa índole, sino en algunos de constitución escrita y sistematizada, como el Reino de Italia, que "bajo el imperio del Estatuto,

[1] A. Esmein, Elementos de Derecho Constitucional, pág. 475.
[2] A. Esmein, Obr. cit., págs. 514, 516 y 532.

que le sirve aún hoy de Constitución y que ha sido modificado varias veces por leyes ordinarias,"[1] acepta como indiscutible el principio de que el Poder Judicial no puede examinar la constitucionalidad de las leyes, en armonía completa por otra parte, según lo nota Esmein, con la teoría que allí no hace distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo.[2]

11. No obstante los principios que sobre Derecho Constitucional privan en la Nación inglesa, según se deduce de lo expuesto anteriormente, allí parece que tuvo su cuna la doctrina que podríamos llamar de la supremacía del Poder Judicial en orden a la interpretación auténtica de la constitución y de las leyes, pero quizá en circunstancias especiales, que no se referían a la Nación misma, aun cuando por otra parte la doctrina estuviera como encarnada en la índole del Poder Judicial inglés, que se desarrolló al amparo de elementos peculiares a la tierra clásica de las libertades y especialmente de la libertad individual cuya eficacia se pretende asegurar por medio de ella.

Seguramente la primera constitución escrita y ordenada, de carácter nacional, que registra la historia del Derecho Constitucional, fué la que el Protector Cromwell expidió para Inglaterra el 16 de diciembre de 1653, bajo el nombre de "Instrument of government." Esta Constitución, obra de la reacción contra los abusos que había acarreado la omnipotencia del Parlamento Largo, al propio tiempo que consagró el principio de la separación y limitación de los poderes públicos y el de su independencia recíproca, estableció disposiciones en que sancionaba con la nulidad las leyes que se expidieran en contra de sus preceptos,[3] y aun cuando algunas de las ideas que sirvieron de base a ese Estatuto, que creó una República, sucumbieron a poder del olvido después de la Restauración, no obstante, ellas fueron la simiente que la ola de la revolución empujó hacia las playas de la América del Norte, en donde acogida de manera no muy terminante quizá, en lo que atañe a la doctrina de que tratamos, en la Constitución que los anglo-americanos adoptaron al constituirse como nación independiente, la Jurisprudencia se encargó de abrirle ancho campo en la marcha regular de los poderes públicos.

Empero, no es en el precedente que hemos mencionado en donde se encuentra el origen de la doctrina que examinamos; es en la misma legislación de los anglosajones, en el modo invariable de su elaboración al través de los tiempos, en el carácter de organismo vivo y progresivo que entre ellos ha tenido el Derecho Común (Common Law), que al decir de un publicista americano, a propósito de la independencia del Poder Judicial: "El contiene el principio de su propia vitalidad orgánica, y de una expansión formativa al mismo tiempo que asimilativa dentro de sí mismo. Consiste en las costumbres y usos del pueblo, en las decisiones que se han pronunciado de acuerdo con ellas en el curso de la administración de justicia, en los principios que la razón dicta y la práctica aplica según las diferentes y siempre variables circunstancias, y en la administración de justicia que se ha desenvuelto por sí misma gradual e invariablemente. Requiere, por tanto, la interpretación por los jueces mismos, el principio de los precedentes y de la 'práctica' reconocida como de un carácter autoritativo y no meramente tolerado, y en general exige que las otras ramas del gobierno o algún otro poder no intervengan en él. El Derecho romano mismo constaba de estos elementos, y se desenvolvió de esta manera mientras fué una cosa viva."[4]

De acuerdo con las ideas antes expuestas se ha desenvuelto la legislación inglesa y en ello ha tenido parte preponderante el Poder Judicial, al que ha co-

[1] A. Esmein, Obr. cit.
[2] Ibid.
[3] A. Esmein, Obr. cit., págs. 393 y 515.
[4] La libertad civil y el Gobierno Propio, Dr. Francisco Lieber, Tomo I, pág. 240.

rrespondido la interpretación del derecho consuetudinario y también la de la ley escrita o redactada, siendo de notar que respecto de esta última esa función de la administración de justicia ha conservado su prístino carácter, mediante el cual podía fijar el alcance y la validez de la ley en los casos concretos en que hubiera de aplicarla, siguiendo el principio vital que autoriza su espontáneo y directo desenvolvimiento. De ahí que la interpretación legislativa, considerada como mera legislación adicional, no pudiera ser en ningún caso retrospectiva, porque ello implicaría una aplicación de la ley, incompatible con la función del poder legislador, en virtud del principio de la separación de los poderes públicos.

12. La existencia secular de un sistema semejante, si bien no autorizaría, por lo que hace a Inglaterra misma, la doctrina de que el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, habida consideración de que allí no existen leyes constitucionales en el sentido propio del vocablo, según lo hemos explicado anteriormente, no obstante, la situación particular de algunas colonias inglesas con relación a la Metrópoli brindaba la ocasión para la aplicación y desarrollo de la doctrina, que yacía como latente en el espíritu de aquel sistema de elaboración de la jurisprudencia y de la legislación en general; y así fué cómo al obtener las Colonias inglesas de la América del Norte y otras una mayor libertad para el manejo de sus propios asuntos y en especial un poder legislativo, en parte electivo, el ejercicio y los límites de este poder quedaron determinados en la Carta de la Corona que permitía la creación de la Colonia. Por consiguiente, la Constitución de ésta era esencialmente restrictiva o limitativa, y las legislaturas coloniales no podían legislar sobre las materias que habían sido objeto de prohibición especial y en todo caso tenían por límite los principios esenciales del derecho público inglés.

En circunstancias tales podía ya presentarse el problema de la conformidad de los actos de las legislaturas coloniales con la ley superior de la cual derivaban su existencia, y es constante que el derecho público inglés, aparte de la facultad que se reserva la Corona para dar su asentimiento o negarlo a esos actos y del recurso que podía hacerse valer mediante una manifestación al *Privy Council*, permite a los particulares discutir la constitucionalidad de esos mismos actos ante los Tribunales.[1]

13. Es indudable que práctica e ideológicamente un estado de cosas semejante fué para los anglo-americanos que encabezaron y dirigieron la revolución que había de culminar en la creación de una gran República independiente y libre la concepción que los guió al expedir una constitución de poderes limitados, con ideas análogas sobre el poder judicial como elemento preponderante en la interpretación de las leyes, con la autoridad propia que proviene de su índole tradicional y del genio mismo de la legislación en cuyo seno había nacido y desarrolládose. Porque es de advertir, como lo hace el autor americano que hemos citado varias veces, que los constituyentes de la Gran República, al emancipar tan vastos dominios de la Madre patria, sólo cambiaron lo que imperativamente exigía cambio, dada la diferencia esencial de la forma de Estado adoptada, y resistiendo los impulsos naturales de la reacción y los resentimientos de los colonos contra la metrópoli, conservaron los principios e instituciones de elaboración inglesa que la experiencia acreditó como buenos. En suma, conservaron mucho más que cambiaron.[2]

14. La Constitución americana, expedida en las condiciones que someramente hemos apuntado, vino a marcar una especie de etapa en el desarrollo del Derecho Constitucional, en cuanto afirmó el principio tan discutido entonces entre publicistas y hombres de Estado, sobre separación de los poderes, que ha sido

[1] A. Esmein, Obr. cit., págs. 528 a 531.
[2] Francisco Lieber, Obr. cit., págs. 305 a 312, Tomo I.

el factor decisivo para asegurar los beneficios de la libertad. Esa Constitución, que como hemos observado, conservó instituciones esenciales de la legislación inglesa, se apartó de ésta en puntos esenciales también, algunos de los cuales, ora por lo que son en sí mismos, ya por obra de la jurisprudencia, que se ha desarrollado en armonía con el impulso inicial, han venido a constituir diferencias fundamentales entre una y otra legislación, diferencias que importa recordar, porque ello contribuye a una mejor inteligencia de la doctrina americana en orden a la interpretación de la Constitución por el Poder Judicial y a poner de relieve la tendencia americana a minorar la omnipotencia del Poder Legislativo.

La Constitución de los Estados Unidos desenvuelta en un conjunto ordenado de disposiciones, en mucha parte fundamentales, que forman un cuerpo de doctrina sobre la organización del Estado americano, pertenece desde luego al tipo de constituciones *escritas o redactadas*, en tanto que las leyes fundamentales inglesas, formadas progresivamente en el curso de siglos y consistentes en usos, costumbres, actos emanados de distintos monarcas y en pactos de unión especiales, pertenecen al tipo de las constituciones *consuetudinarias;* y estos caracteres determinan, respectivamente, el de *rígidas* o *flexibles* cuya significación hemos indicado en otro lugar. A las primeras pertenece la Constitución americana; a las segundas, la inglesa; en aquéllas se presenta el problema de las leyes constitucionales; en éstas nó, según lo hemos explicado.

Estas diferencias, particularmente la última, han venido a marcar en el trascurso del tiempo y mediante el desarrollo lógico de los respectivos principios, una tendencia opuesta en el derecho público inglés y en el derecho constitucional americano, tocante a la extensión de los poderes de uno y otro Parlamento. En Inglaterra, éste es teóricamente omnipotente, en términos que, como ya lo hicimos notar, allá no existe diferencia entre el poder constituyente y el poder legislativo, y el Parlamento inglés podría en cualquier momento legislar sobre cualquiera de los puntos que se consideren más esenciales en las actuales instituciones inglesas, como si se tratara de una cuestión ordinaria. Esa situación obedece a la tendencia de los ingleses a robustecer el poder del Parlamento por cierta desconfianza a la Corona.[1]

En los Estados Unidos se advierte una tendencia contraria, originada seguramente de la misma Constitución escrita que allí rige, de la cual surgió limitado el Poder Legislativo, como lo es ordinariamente en todos los modernos Estados de régimen representativo, y la jurisprudencia se ha encargado de acentuar esa tendencia en los no pocos casos que en la práctica han ocurrido y en que se ha planteado algún conflicto entre la Ley fundamental y las leyes ordinarias. La solución de estos conflictos ha correspondido al Poder Judicial, al que se ha reconocido la supremacía como intérprete autorizado de la Constitución.

III.

15. Si el Poder Constituyente es el poder supremo del Estado de constitución escrita y rígida, la regla que él haya trazado se impone al Poder Legislativo mismo, que no puede, en consecuencia, salvar los límites por ella prescritos. ¿Cuál será la sanción de una obligación de esa naturaleza? ¿Cuál la entidad encargada de decidir sobre la inconstitucionalidad de los actos de la Legislatura y a quien pueda revestirse de tal suma de poder, que implica al propio tiempo alta autoridad científica y moral y el prestigio que encadena las voluntades?

Las Constituciones escritas de los distintos Estados de régimen representativo no están de acuerdo en la manera de dar solución a cuestiones tan delicadas y

[1] A. Esmein, Obr. cit., pág. 514.

trascendentales, y según lo hemos insinuado, dos doctrinas bien diferentes se han disputado la supremacía en el mundo, de una manera general, a saber:

1ª. La que ha consagrado más que la Constitución americana, la Jurisprudencia de ese país, que ha admitido franca y explícitamente la facultad del Poder Judicial, como contenida de esa manera en aquélla, para examinar si en un caso dado una ley está o no de acuerdo con el Estatuto fundamental y negarle su eficacia en este último extremo, en virtud de la supremacía del Estatuto sobre ella. Esta doctrina ha tenido vasto campo de aplicación; y así, se ha establecido que no solamente la Corte Suprema Federal puede declarar inconstitucional una ley expedida por el Congreso de los Estados Unidos, sino que los Tribunales de cada Estado pueden hacer igual declaración respecto de una ley emanada de la Legislatura particular del mismo Estado, y aun se reconoce que la Corte Suprema puede usar de tal facultad cuando al ocurrir la aplicación regular de una ley de un Estado de la Unión, encuentre que es contraria a la Constitución americana.

2ª. Otros Estados, de Constitución también escrita y de poderes limitados, generalmente europeos y en particular el Estado francés, han adoptado la doctrina según la que el Poder Judicial, si bien tiene la facultad de interpretar doctrinalmente las leyes ordinarias y decidir en caso de conflicto entre ellas la que debe aplicarse a una relación de derecho determinada, no puede tener, no debe dársele, la potestad de interpretar la Constitución y decidir si una ley es o no constitucional. Un acto del Poder Legislativo regularmente expedido, se dice, obliga a los Tribunales, los que no pueden dejar de aplicarlo so pretexto de ser contrario a la Constitución, porque en esos casos se impone la regla de que toda ley regular en la forma se reputa constitucional. Sirven de fundamento a esta presunción todos los antecedentes que han debido occurrir en la votación misma de la ley; la presentación del proyecto por quien estaba obligado a acatar la Carta fundamental, la discusión en el seno de las Cámaras, generalmente en varios debates, con intervención de mayorías considerables, en quienes debemos suponer la ilustración necesaria y el propio respeto por la Ley Suprema del Estado y por último la intervención del Poder Ejecutivo que se exige universalmente para la eficacia de la ley, mediante la sanción respectiva.

Esta doctrina tiene por base el principio fundamental de la separación e independencia de los poderes del Estado, principio que es una conquista del Derecho Constitucional, aceptada por todos los Estados de régimen representativo y, además, la salvaguardia de la libertad civil. De acuerdo con él, la facultad del Poder Judicial de pronunciar la inconstitucionalidad de una ley no solamente disloca a la Administración de justicia distrayéndola de su función orgánica de aplicar cierto orden de leyes a los casos de la vida real, ya en los litigios entre particulares, ya en lo que atañe a la represión y castigo de los delitos, sino que constituye un atentado a la independencia del Poder Legislativo cuya función invade y cercena, con lo cual viene a quedar el Poder Judicial como un poder político superior a todos, "a la misma voluntad nacional manifestada según las formas del gobierno representativo."[1]

Finalmente, de acuerdo con la doctrina que venimos exponiendo, el respeto de la Constitución queda confiado a la conciencia de los legisladores cuya responsabilidad moral ante la Nación garantiza su observancia y quizá puede indicarse una prenda más segura, la que anota Esmein, en el siguiente pasaje con que cierra el capítulo relativo a los derechos individuales: "La mejor garantía a ese respecto se encuentra en las costumbres, en el espíritu nacional y quizá también en la institución de las dos Cámaras."[2]

[1] A. Esmein, Obr. cit., págs. 502 y 528.
[2] Ibid. —.

Vamos a examinar por separado la doctrina americana, particularmente en lo que concierne a la aplicación que prácticamente ha tenido entre los mismos americanos, y luego haremos un recuento de las constituciones de los Estados a donde ha extendido su influencia, sin olvidar el Estado Colombiano, en donde seguramente ha servido de base a la muy singular que en él impera.

IV.

16. La doctrina americana se considera explícitamente autorizada por los siguientes textos constitucionales, que en lo pertinente dicen así:

Artículo III, sección 2. "El Poder Judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad que emanen de esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos, y los tratados hechos o que se hagan bajo su autoridad * * *."

Artículo VI, inciso 2. "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de conformidad con ella, y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces se arreglarán a ellas en cada Estado, no obstante cualquier cosa en contrario en la Constitución misma o en las leyes de los Estados."

Como puede verse, estas disposiciones no son terminantes, a pesar de la interpretación contraria de la Jurisprudencia americana que ve en ellas explícitamente formulada la doctrina que analizamos. Empero, el fenómeno es explicable, si se piensa en que el extraño suele apreciar las disposiciones de la ley extranjera con criterio fundamentalmente distinto; de ordinario aplica un criterio general, no desnudo de las preocupaciones e ideas dominantes en su país sobre materias análogas y no es raro que se le escapen los antecedentes y ocurrencias locales que dan fisonomía especial a la legislación y a la jurisprudencia de otra nación. Un estudio más prolijo y atento puede colmar esas lagunas. Así, para apreciar justamente los textos de la Constitución americana que hemos trascrito y desentrañar la razón de la interpretación consagrada por la Jurisprudencia de esa Nación, es menester no tomarlos aisladamente sino en relación con una dilatada tradición, que tiene sus raíces en suelo inglés, según lo hemos expuesto más arriba.

La administración de justicia ha sido y es entre los anglosajones una rama del Derecho Común (Common Law) que se desarrolló al compás de éste lenta y paulatinamente en el curso de siglos, sirviendo al propio tiempo que de intérprete con autoridad propia de la legislación consuetudinaria y escrita, de una especie de colaborador en la formación misma del derecho, porque entre otras razones sus decisiones constituían precedente, que, como es sabido, son elemento primordial en esa clase de legislación.

Por otra parte, si se toma en consideración el principio y la práctica en el derecho común inglés que autorizan recurrir a las Cortes de Justicia no solamente en los casos de conflictos entre las leyes sino cuando quiera que los actos de las autoridades de todo orden causan ilegalmente perjuicio a los particulares, salvo contadas excepciones,[1] se tendrá idea de la misión del Poder Judicial entre los anglosajones, de la importancia decisiva que para ellos tiene en la vida del Estado, y al propio tiempo se verá de relieve el respeto de que allí se le ha rodeado y el prestigio secular que lo acompaña. Y ese principio y esa práctica que los anglosajones reputan como una conquista del derecho y como "la joya de la libertad anglicana,"[2] han pasado en toda su integridad a la América del Norte, en donde los angloamericanos los consideran como una de las bases de sus instituciones.

---

[1] Francisco Lieber, Obr. cit., págs. 185 a 191, Tomo I; A. Esmein, págs. 466 y 467.

[2] El mismo, pág. 191.

En la exposición precedente se encuentra la clave de la interpretación que la Jurisprudencia americana ha dado a los textos constitucionales que hemos trascrito poco ha, en los cuales aparece, eso sí, el espíritu de la doctrina en referencia. Y es de notar que ella había sido aplicada antes de la expedición de la Constitución federal por los Tribunales de varios Estados, los de Rhode Island y Carolina del Sur,[1] hecho éste que confirma la tesis que sustentamos.

17. La aplicación que prácticamente han dado los americanos a la doctrina a que nos referimos no consiste, como a primera vista pudiera creerse, en que todo individuo que estime inconstitucional una ley tenga derecho a demandar ante el Poder Judicial la nulidad de ella por esa causa y en que éste, examinado el caso, proceda a declarar la nulidad de una manera absoluta o general. Nó. Para que la Corte Suprema Federal, a quien se considera conferida esa facultad por la Constitución, pueda ejercerla, es menester que ocurra un litigio cuyo conocimiento pueda ella aprehender regularmente, que ese litigio sea entre particulares y encierre en sí el conflicto entre la ley de que se trate y la Constitución; entonces la Corte procede a fallarlo en las condiciones en que decide las cuestiones que normalmente caen bajo su jurisdicción. La sentencia, por consiguiente, no es obligatoria sino para el caso en que se ha dictado, con lo cual se conserva en pie el principio universalmente aceptado de que los Jueces no pueden proceder por vía de disposición general o reglamentaria. Es más: fuera de que no hay acción popular y de que es forzoso que existan dos partes, una que reclama la aplicación de la ley en un caso determinado y la otra que la rechaza por inconstitucional, la Corte no puede obrar *motu proprio*, no tiene iniciativa ninguna.

La doctrina se aplica de una manera igual por los Tribunales de los Estados particulares cuando ocurre el conflicto entre una ley de una de las Legislaturas y la Constitución del respectivo Estado.

18. El fundamento jurídico-filosófico de la doctrina lo derivan los publicistas americanos de la facultad de interpretar las leyes que corresponde al Poder Judicial por derecho propio y con propia autoridad. Al efecto, uno de los más connotados por su ciencia y por la especialidad de su vida pública, el Juez Story, condensa así su razonamiento:

> La facultad de interpretar las leyes comprende necesariamente la función de determinar si son o nó conciliables con la Constitución, y si no lo son, declararlas nulas. Como la Constitución es la ley suprema del país, en caso de conflicto entre ella y las leyes expedidas, ya por el Congreso, ya por las Legislaturas de los Estados, el deber del Poder Judicial es dar la preferencia a la que tiene fuerza obligatoria predominante. Esto es consecuencia de la teoría misma de una constitución republicana: si de otro modo fuera, los actos de la Legislatura y del Ejecutivo tornaríanse en actos soberanos, sin ponderación o contrapeso alguno, no obstante las prohibiciones o limitaciones que les imponga la Ley fundamental; sobrevendrían usurpaciones tanto más peligrosas cuanto menos equívocas, sin que al alcance de los ciudadanos hubiera remedio alguno posible. El pueblo quedaría así a merced de los gobernantes no sólo de la Nación sino de los Estados y prácticamente existiría una omnipotencia como la del Parlamento inglés. El sentimiento universal de la América se ha pronunciado en el sentido de que el poder judicial debe en último recurso decidir sobre la constitucionalidad de los actos y de las leyes que emanen del Estado o del gobierno general en cuanto puedan ser materia de una controversia judicial.[2]

Es innegable que en el terreno estrictamente jurídico y colocándonos en el medio ambiente en que nacieron y se han desarrollado las instituciones americanas, la doctrina en referencia descansa en un fundamento racional y de otro lado tiene una base de apoyo en varios elementos tradicionales, que al propio tiempo que han contribuído al desarrollo completo y seguro de ella, han sido

[1] A. Esmein, Obr. cit., pág. 528.

[2] On the Constitution of the United States. Esmein. Págs. 526 y 527.

parte a contrapesar los inconvenientes que en el orden político hubiera podido suscitar su aplicación. No puede remitirse a duda que para esa aceptación universal de la doctrina por los americanos, que pregona el Juez Story, ha sido necesario que la Magistratura haya alcanzado un alto grado de autoridad moral y científica, reconocida de buen grado por el pueblo como exponente de un pasado grandemente respetable y respetado, y esto supone un cúmulo de condiciones, ya en la Magistratura ya en el pueblo, que seguramente acusan atributos de raza, comunidad de ideas, hábitos de reflexión y de orden y, en una palabra, como lo sugiere Esmein, un sistema semejante supone "una raza de hombres que en el curso de siglos se ha acostumbrado a ver en sus magistrados los guardianes del derecho y de las libertades públicas."[1]

Por último, se dice que si bien es cierto que la doctrina americana reviste de un poder político de primer orden al Poder Judicial, también lo es que él no se sale de su función ni de sus formas ordinarias y que en ejercicio de aquélla se limita a decidir un conflicto, en un caso concreto, entre la Constitución y una ley ordinaria, en favor de la ley suprema.

Por lo demás, escritores extranjeros y americanos de buen grado rinden tributo de justicia a la Alta Corte de los Estados Unidos que en todo tiempo se ha mostrado digna de su importante y delicada misión.

Para no alargar demasiado este trabajo no entramos a historiar algunos de los casos siquiera en que la Corte Suprema americana ha tenido ocasión de ejercer su alta misión, ora en relación con leyes expedidas para el pueblo americano mismo, ya en lo que atañe a otras para algunas Colonias de la Unión.

19. Empero, no dejaremos de mencionar alguna voz que se ha levantado de entre los mismos americanos para vindicar los fueros del Congreso y abogar por la supremacía de éste, como el representante auténtico de la soberanía del Estado. Nos referimos a Mr. Woodrow Wilson, en su obra *Congressional Government*, que no conocemos sino de referencia por las transcripciones que de ella hace el eminente publicista francés A. Esmein en el Tratado que con tanta frecuencia hemos citado en el curso de este estudio.

Mr. Wilson sienta una afirmación, a que atribuye la autoridad que le comunica el asentimiento universal, a saber:

> Los representantes del pueblo, nadie desconocerá este principio, son la autoridad propia y suprema en toda materia de gobierno; la administración es en el gobierno un simple trabajo de oficinas. La legislación es la fuerza inicial. Determina lo que debe hacerse. El poder de hacer las leyes, es en su esencia y por naturaleza, el poder de dirigir y él se ha dado al Congreso. Este principio no tiene restricciones y está en todas las costumbres anglosajonas, con las que forma un bloque. La dificultad, si hay alguna, reside en la elección de los medios para poner el principio en ejecución. El medio natural parece ser el derecho del Cuerpo representativo de tener todos los servidores necesarios para la ejecución de sus voluntades, bajo su estrecha y constante vigilancia, y de someterlos a estricta responsabilidad, o sea, la facultad de destituirlos cuando sus servicios dejen de ser satisfactorios. Este es un atributo de toda potestad y si el Congreso no lo tiene, se le estorba un poder que no se le puede discutir.[2]

En consonancia con estas ideas y refiriéndose a la facultad del poder judicial de casar las leyes inconstitucionales, Mr. Wilson hace notar que el Congreso tiene en muchos casos medios para hacer cesar la oposición de los Tribunales federales a su voluntad—y ha usado de ellos en ocasiones importantes—mediante la creación de nuevas plazas en la Corte Suprema y la influencia que el Senado puede ejercer en el Presidente de la Unión para la provisión de ellas, o también mediante un acto legislativo que quite a la misma Corte la parte de jurisdicción

[1] A. Esmein, Obr. cit., nota 1, pág. 584.
[2] A. Esmein, pág. 480.

que no le confiere la Constitución y le fué atribuída por ley especial a ese respecto.[1] No obstante estos reparos, la doctrina se ha desarrollado con precisión y energía, según lo nota el autor que hemos citado, refiriéndose especialmente a varias sentencias de 1895, en las cuales se declaró inconstitucional en parte el impuesto sobre la renta establecido por el Congreso de los Estados Unidos.

La teoría desarrollada por Mr. Wilson, lógica en alguna manera, desde un punto de vista muy abstracto, implicaría un cambio de frente en las instituciones de su país, porque aparte de que el Poder Legislativo surgió de ellas limitado, la tendencia de la Jurisprudencia americana a limitar las facultades del Congreso es el fenómeno que observan los publicistas americanos y extranjeros a que nos hemos referido más arriba.

Por otra parte, y prescindiendo de inconvenientes que no es pertinente consignar aquí, aquella teoría, a más de ser contraria al principio de la separación e independencia de los poderes públicos, que aun con las salvedades y desviaciones que la necesaria coordinación y subordinación entre los poderes no puede menos de introducirle, está fundado en la naturaleza misma, a la que imita en los seres dotados de órganos especiales para el desempeño de cada función, a más de eso, decimos tal teoría es utópica e incompatible con el enorme crecimiento y desarrollo de los Estados y con el ordenado y eficaz desenvolvimiento de las múltiples manifestaciones de la actividad social contemporánea.

V.

20. La doctrina americana ha sentado hoy carta de naturaleza en algunas Colonias inglesas, que mediante su desarrollo y crecimiento y después de una evolución política más o menos difícil y accidentada, han llegado a constituirse en Estados casi independientes dentro del dilatado Imperio británico. Nos referimos especialmente al Dominio del Canada y a la *Commonwealth* de Australia, sometidos políticamente a la Corona de Inglaterra, que forman especies de Repúblicas Federales, bajo el régimen de constituciones escritas y limitativas.

El Dominio del Canadá se rige por el Acta de 1° de julio de 1867, modificada y completada por las de 1871, 1875 y 1886, del Parlamento británico,[2] que autorizan a la Colonia para tener un Parlamento propio, en parte electivo, el que puede legislar sobre los asuntos que no estén atribuídos a las Legislaturas de las Provincias y que directa ni indirectamente se haya reservado el Parlamento Imperial. Por consiguiente, los poderes del Parlamento del Dominio y los de las Legislaturas provinciales están limitados recíprocamente y por la omnipotencia del Parlamento inglés. Si un acto emanado de una de esas Legislaturas o del Parlamento del Dominio excede el límite de sus facultades con perjuicio de los derechos de un ciudadano del Canadá, éste puede discutir la legalidad del acto ante las Cortes de justicia.[3] Contra los actos del Parlamento inglés no se reconoce ese derecho, en consideración a que todos los que él expida son legítimos, como poder soberano absoluto que es.

Inspirada en la Constitución americana y en la del Dominio del Canadá, se expidió y proclamó en el año de 1900 el Estatuto fundamental de la *Commonwealth of Australia*, especie de República Federal, vinculada políticamente a la Metrópoli inglesa. El artículo 74 de ese Código, único que dió lugar a serias dificultades para su adopción en el Parlamento inglés, reservaba a la Alta Corte Federal australiana la facultad de decidir en última instancia, sin ningún recurso ulterior ante las autoridades inglesas, las cuestiones concernientes a la interpretación de la Constitución federal o de las Constituciones

[1] El mismo., pgs. 534 y 535, nota 1.
[2] Enciclopedia Universal de España, Tomo X, págs. 1845 a 1865.
[3] A. Esmein, Obra citada, pág. 531.

de los Estados en que estuvieran interesados únicamente individuos australianos o Estados de esa nacionalidad. Los ingleses, atentos a la conservación del principio de la soberanía de la Corona, que mediante la disposición vendría a quedar postergado, insistían en la necesidad de aplicar el principio tradicional inglés, tocante a las Colonias, según el cual debía establecerse el recurso final ante el *Privy Council* del Rey. Como quiera que sea, las discusiones terminaron entonces por una transacción y en todo caso algunos años después el Parlamento británico reconoció la autoridad soberana de la Corte Suprema de Australia para interpretar la Constitución.

21. Las Naciones americanas que existen al sur de la Gran República, hubieron de experimentar también la influencia de la Constitución que ésta adoptó al formar un Estado independiente, y así, aquéllas al emanciparse de sus respectivas Metrópolis—España y Portugal—y formar asimismo Estados soberanos, adoptaron la forma republicana de régimen representativo, excepción hecha del Brasil, que en un principio, debido a circunstancias especiales, formó un Imperio, que andando el tiempo se tornó en la República federativa constituída por medio del Código fundamental, de 24 de febrero de 1891.

Haremos un breve análisis de las Constituciones de dichos Estados, en lo que la doctrina de que tratamos se refiere, principiando por el Estado colombiano, en donde seguramente se ha extremado la doctrina; a no ser que se haya tomado por modelo, en parte, la que consagró la Constitución francesa, de 14 de enero de 1852, que reconocía acción popular para promover la declaración de inconstitucionalidad de ciertos actos ante el Senado. Por lo demás, ello nada tendría de extraño, pues nuestro ferviente espíritu de imitación, en achaques constitucionales, nos ha hecho recorrer a tientas la soñolienta escala de Jacob en busca de una estabilidad, que, por fortuna, parece que ha principiado a sentar su planta en esta nuestra Patria.

22. Un estudio medianamente completo, dentro de los límites que debe tener este trabajo, de la doctrina en Colombia, impone como cosa previa, el análisis de un antecedente constitucional que en la expedición misma de la ley se presenta entre nosotros, que es como un anuncio o si se quiere una anticipada aplicación de la doctrina. Nos referimos al caso en que el Presidente de la República, en ejercicio del derecho de *veto* que le otorga la Constitución, (Art. 85) devuelva con objeciones un proyecto de ley que el Poder Legislativo le ha pasado para la sanción ejecutiva y más especialmente nos referimos a la hipótesis en que las objeciones sean de carácter constitucional. Porque es conveniente recordar que la Constitución colombiana de 1886, vigente hoy con las modificaciones introducidas por varios Actos Legislativos, reconoce al Presidente de la República el derecho de veto por dos causas: 1a—Por inconveniencia del proyecto de ley respectivo; 2a—Por inconstitucionalidad del mismo.

Objetado un proyecto de ley por la primera de dichas causas, debe volver a las Cámaras, y si reconsiderado en ellas, es adoptado por los dos tercios de los votos en una y otra, el Presidente queda obligado a sancionarlo (Art. 88).

Si las objeciones se fundan en motivos de inconstitucionalidad, debe aplicarse el artículo 90, que está concebido así:

> Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

Esta disposición erige, pues a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, árbitro entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, para decidir de manera

definitiva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley. Ella es, por tanto, el intérprete supremo y autorizado de la Constitución en esas circunstancias: en el momento preciso en que el Poder Legislativo está ejerciendo la función que le es peculiar y con ocasión de ella.

Tal precepto, que no tiene precedentes en nuestro derecho constitucional tocante al veto del Ejecutivo, que en nuestra ya larga serie de Constituciones éstas habían reconocido y reglado de una manera distinta, casi uniforme, tal precepto considerado en el terreno de los principios del Derecho Constitucional, va directamente contra aquel otro, base del régimen representativo, de la separación de los poderes del Estado, y en particular va contra la independencia del Poder Legislativo en su propia y específica función. Ese precepto del Estatuto nacional atribuye a la Corte Suprema un poder político indiscutible e incontrarrestable, que la coloca por encima de los demás poderes públicos; con la circunstancia de que no existiendo en Colombia, en el sistema mismo de su legislación ni en costumbre alguna, la facultad del poder judicial en general o de la Corte Suprema de interpretar la Carta fundamental, tamaña autoridad, que retraía a ésta de su función ordinaria de aplicar las leyes comunes, implicaba como una desviación en la concepción misma de los poderes públicos, porque en virtud de ella se venía a privar al Poder Legislativo, encargado de hacer las leyes con sujeción a los mandatos constitucionales, de la potestad connatural intrínseca de apreciar la conformidad de aquéllas con éstos, para atribuírla a otra autoridad de función específicamente distinta, subordinada en el orden constitucional a aquél poder.

No obstante, si en el terreno de los principios el texto que consideramos da lugar a observaciones semejantes a las que hemos expuesto, en otro campo pueden aducirse en su favor razones que por lo menos justifican la intención patriótica de los constituyentes de 1886. Dado el conflicto de pareceres entre las Cámaras y el Ejecutivo acerca de la constitucionalidad de un proyecto, ya que no se adoptó el extremo de hacer prevalecer la opinión de aquéllas, mediante la exigencia de mayorías más considerables en último término, debido quizá a que el Constituyente temió que entraran en juego las pasiones antes que la serena reflexión, optó por la elección de un tercer poder en discordia y se fijó en la Corte Suprema, como el órgano más alto y autorizado de la administración de justicia, que por razón de su augusta misión debía permanecer alejada de los debates políticos extraña a las pasiones que ellos encienden; que en consideración a la independencia de sus miembros, que proviene de su inamovilidad, a la ciencia e imparcialidad que dan el estudio de complicadas cuestiones de derecho y el hábito de fallar sobre encontradas pretensiones, quedaría en las mejores condiciones para dictar una decisión que interpretara fielmente el espíritu de la Constitución en un caso dado y fuera ocasión de su estricto cumplimiento, propósito cardinal del constituyente.[1]

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia ha estado a la altura de tan delicada misión y ha aportado a su cumplimiento la discreción, ciencia e imparcialidad que ella comanda.

23. Empero, el Constituyente colombiano no se satisfizo con el artículo 90, y de un paso se colocó a inconmensurable distancia de la Constitución y de la Jurisprudencia americanas por virtud del Acto Legislativo No. 3 de 1910, que en el Título XV, relativo a la Corte Suprema de Justicia, consagró varias disposiciones, que fijan la atención de manera especial.

El artículo 40, que es como una preparación del que le sigue, establece el principio de la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, al

---

[1] Derecho Público Interno de Colombia, págs. 179 a 185.

disponer que en caso de incompatibilidad entre una y otras se apliquen de preferencia las disposiciones constitucionales.

Ese texto contiene una regla de interpretación, que si bien ya existía en nuestra legislación, en los artículos 5 y 6 de las Leyes 57 y 153 de 1887, respectivamente, tenía entonces una significación bien distinta y un campo de aplicación muy reducido, en atención a que en la época en que ellos fueron expedidos dominaba en el derecho constitucional colombiano el principio de que al Poder Judicial no le estaba atribuída la interpretación general y auténtica de la Constitución o de las leyes ni le estaba permitido dejar de aplicar las últimas por el hecho de considerarlas contrarias a la Constitución.[1] Esta doctrina estaba fundada en el inciso del artículo 6 de la Ley 153, que hemos citado, según el cual una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputaba constitucional, y debía aplicarse aun cuando pareciera contraria a la Constitución; pero si no se trataba de una disposición terminante, sino oscura o deficiente, debía aplicarse en el sentido más conforme con el precepto constitucional.

Como quiera que sea, el artículo 6 citado quedó tácitamente derogado por el 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, disposición esta última que tiene un alcance muy otro del que tenía su similar el artículo 5° de la Ley 57 en el sistema anterior de nuestra legislación. El artículo 40 significa hoy que el Poder Judicial tiene facultad para interpretar la Constitución en los casos prácticos que le ocurran, y caso de conflicto con una ley, darle la preferencia sobre ésta.

El artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 está concebido así:

> A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

La primera parte de esta disposición encierra una declaración de principios en términos tan absolutos y comprensivos que no dejan duda sobre la intención del Constituyente de 1910, de consagrar la soberanía de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete de la Constitución nacional.

Cuanto a la segunda parte, que establece la doctrina misma y los casos de su aplicación, es de notar que ella generaliza el principio que el artículo 90 de la Constitución había instituído con relación a los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República como inconstitucionales, y en consecuencia, hoy se extiende a las leyes mismas y a los decretos emanados del Poder Ejecutivo. Esta extensión, fuera de lo que ella es en sí misma, ha venido a traer un cambio fundamental en cuanto a la facultad del Poder Judicial en general de interpretar la Constitución, facultad que no existía bajo el imperio del artículo 90, según observación que ya habíamos hecho. Sobre el principio mismo, tal como hoy aparece formulado, haremos dos observaciones.

1ª. Constituye una derogación, lo repetiremos, del principio de la separación de los poderes públicos y atenta a la independencia no sólo del Poder Legislativo en su propia y específica función, limitándola en su esencia misma, sino del Poder Ejecutivo, en lo que atañe a la potestad reglamentaria que le confiere la misma Constitución, en el ordinal 3° del artículo 120.

2ª. Si bien es un mal de gravísimas consecuencias que se expidan leyes contrarias a la ley orgánica del Estado ,en consideración al desprestigio que para ésta suelen acarrear esa suerte de atentados y a la inseguridad que en orden a los derechos individuales se produciría, hay que pensar también que las viola-

[1] Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pág. 540, No. 2290, edición de 1915.

ciones de la Constitución no aparecen de ordinario sino de manera harto dudosa, en atención a los trámites que han precedido a su expedición; su discusión misma en cada una de las Cámaras, en donde es de suponer tienen asiento los ciudadanos más ilustrados del país, interesados en la observancia de la ley fundamental, y la intervención del Presidente de la República, que con el hecho de haber sancionado la ley, no sólo ha contribuído a debilitar la opinión de inconstitucionalidad sino que ha debido infunlir la creencia contraria, todo esto de un lado, si no hace desaparecer, aminora considerablemente aquellos inconvenientes; y de otro, si se detiene la atención en los resultados que puede traer la libre interpretación de la Constitución por los jueces y funcionarios públicos; esto es, en la anarquía e inseguridad que a la larga se producirían en todos los ramos de la Administración pública, el balance de esas dos situaciones probablemente arrojaría un saldo en favor de la doctrina de la separación e independencia de los poderes en la materia de que tratamos.[1]

Por lo que hace a la aplicación de la doctrina en Colombia y al desarrollo que ha tenido, pueden anotarse diferencias sustanciales con respecto a la doctrina americana y al modo como la jurisprudencia de ese país la ha entendido.

Desde luego, el texto constitucional colombiano da acción popular para acusar una ley por inconstitucional, desde que todo ciudadano puede ejercitarla fuera de juicio. La Jurisprudencia americana solamente autoriza una acción de esa naturaleza en los litigios entre particulares, cuando se discute entre ellos un derecho que la Constitución garantiza y la ley vulnera. Se surte, pues, un juicio en que hay dos partes, una que pide la aplicación de la ley y otra que se opone, por causa de inconstitucionalidad de ésta. En la doctrina colombiana, la Corte Suprema declara de una manera absoluta o general la inconstitucionalidad de la ley, sobreponiéndose de una manera directa al Poder Legislativo y llevándose así de calle el principo esencial, que caracteriza la función judicial, según el que no puede ella decidir por vía de disposición general o reglamentaria. De acuerdo con la Jurisprudencia americana, la sentencia de la Corte Suprema Federal no tiene efecto obligatorio sino entre las partes, aun cuando pueda tenerlos de otro orden, y se circunscribe al caso del litigio. La razón de esto consiste en que en casos tales la Corte no se sale de su misión ordinaria, la que tradicionalmente ha tenido, de interpretar la ley y decidir los conflictos que entre ellas se susciten en la vida real, haciendo prevalecer, "la que tiene fuerza obligatoria predominante."

En resumen, la doctrina americana es el resultado lógico de ideas y tradiciones sostenidas acerca de la misión del poder judicial como guardián de los derechos individuales y de las libertades públicas y el desarrollo que ella ha tenido se ha efectuado de una manera lógica también, sin que los principios esenciales de su organización y funcionamiento hayan padecido quebranto alguno. Como fácilmente se alcanza, no pueden decirse cosas análogas de la doctrina colombiana.

24. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos,[2] de 5 de febrero de 1857, que instituye una República Federal, siguió las huellas de la Constitución americana, entre otras cosas, en cuanto a la división de los poderes del Estado y especialmente en lo que atañe a la doctrina que confiere al poder judicial la facultad de interpretar la Constitución. Al efecto, el artículo 101 dispone lo siguiente:

> Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: 1°. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías

[1] J. M. Samper. Obr. cit. págs. 182 a 185.
[2] Constituciones vigentes de todas las Naciones civilizadas, Esteban Ovalle.

individuales; 2°, por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; 3°. por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Llama particularmente la atención el artículo 102, porque en él el Constituyente mexicano siguió la prática consagrada por la Jurisprudencia americana en cuanto al carácter de la acción para hacer declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues el juicio respectivo sólo puede seguirse "a petición de la parte agraviada," y tocante a la sentencia, "será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare." Como se ve, el poder judicial mexicano conserva su fisonomía especial acerca del modo de resolver los asuntos que caen bajo su jurisdicción en el particular.

Cabe observar también sobre la Constitución de que tratamos, que el artículo 126 de ella, que se refiere a la fuerza obligatoria que ella misma tiene para el Poder Judicial, es un fiel trasunto del inciso 2 del Artículo VI de la Constitución americana que hemos trascrito en otro lugar.

25. La Constitución de la República de Honduras, expedida el 14 de octubre de 1894, vigente hoy, contiene dos disposiciones que consagran la doctrina americana, a saber: la del artículo 125, que después de estatuir que la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde a las Cortes y demás Tribunales de Justicia, agrega: "A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos que legalmente se sometan a su conocimiento, y negarles cumplimiento cuando sean contrarias a la Constitución."

Y la del artículo 128, que merece mencionarse especialmente y que dice así: "Podrá también establecerse directamente ante la Corte Suprema de Justicia, el recurso de inconstitucionalidad de una ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los Tribunales, por toda persona que al serle aplicada en un caso concreto, sea perjudicada en sus legítimos derechos. La ley reglamentará el uso de este recurso." No conocemos la ley que haya reglamentado esta disposición y el derecho que confiere, pero dado el espíritu que la informa y el texto del artículo 125, que hemos trascrito, puede creerse que en la legislación hondureña se ha conservado incólume el principio de que los jueces no pueden dictar decisiones de carácter general.

26. En la Constitución del Estado de Nicaragua, decretada el 10 de diciembre de 1893, que probablemente sirvió de modelo en el particular a la de Honduras, que acabamos de examinar, existen disposiciones sustancialmente idénticas a las de ésta, como son el ordinal 3° del artículo 116 y el artículo 117.[1]

27. La Constitución de los Estados Unidos del Brasil, de 24 de febrero de 1891, vigente hoy, contiene dos disposiciones que establecen también la supremacía del poder judicial tocante a la guarda e interpretación de ella. Tales son los artículos 59 y 60, que en lo pertinente dicen así:

Art. 59. § 1°. De las sentencias judiciales de los Estados en última instancia, habrá recurso para ante el Supremo Tribunal Federal:

(*b*) Cuando se controvierta la validez de las leyes o de los actos de los gobiernos de los Estados, en presencia de la Constitución o de las leyes federales, y la decisión del Tribunal del Estado considerarse válidos los actos o leyes impugnados.

Art. 60. Compete a los Jueces o Tribunales Federales el conocimiento y decisión de * * *: (b) Todas las causas propuestas contra el Gobierno de la Unión o la Hacienda Nacional, fundadas en disposiciones de la Constitución o leyes, o reglamentos del Poder Ejecutivo, o en contratos celebrados por el mismo Gobierno.

---

[1] En el Tomo XV de la Enciclopedia Universal de Espasa encontramos a la página 48 que la Constitución vigente hoy en Nicaragua es de 30 de marzo de 1905 y no hemos podido obtenerla.

28. El artículo 100 de la Constitución de la República Argentina, fecha 25 de septiembre de 1860, estatuye lo siguiente:

Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación. . . . .

El artículo 101 establece en su primera parte que "la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso" para los casos previstos en la disposición anterior.

29. El artículo 70 de la Constitución de Bolivia, fecha 28 de octubre de 1880, señala entre las atribuciones de la Corte Suprema la de estatuir "sobre cuestiones de puro derecho, cuya solución depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto u ordenanza."

Seguramente el procedimiento en estos casos está detallado en la ley.

30. Según lo hemos insinuado varias veces en el curso de este estudio, la doctrina que niega al Poder Judicial la facultad de interpretar la ley fundamental ha prevalecido en Francia y por su influencia en la generalidad de los Estados europeos de Constituciones escritas y limitativas, aun en Suiza cuyas instituciones guardan similitud con las de la Unión Americana,[1] y en algunas Repúblicas de la América Latina, señaladamente Chile, en cuya Ley Fundamental se encuentra el artículo 164, que atribuye al Congreso de modo exclusivo la facultad de interpretar las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.

En general podemos sentar la afirmación de que en los Estados de Constitución escrita y de poderes limitados, en donde no exista una disposición que confiera al Poder Judicial la facultad de que tratamos, impera la doctrina opuesta, que se desprende lógicamente del principio de la separación de los poderes públicos, según ideas que hemos expuesto más extensamente en su lugar.

Y hemos concluído esta labor, que de buen grado emprendimos guiados por una aspiración patriótica y personal también, pero no por eso menos legítima. Si el trabajo satisface, quedarán colmadas una y otra. Si no, siempre nos quedará la satisfacción de haberlo emprendido y haberlo terminado: *finis coronat opus.*

BIBLIOGRAFÍA.

M. Bluntschli: Teoría General del Estado. Traducción francesa de M. Armand de Riedmatten. Segunda edición. 1881.

A. Esmein: Elementos de Derecho Constitucional francés y comparado. Quinta edición. 1909.

Dr. Francisco Lieber: La Libertad Civil y el Gobierno Propio. Traducción de Florentino González. 1872.

Dr. José Vicente Concha: Apuntamientos de Derecho Constitucional. 1912.

Félix Moreau: Compendio Elemental de Derecho Constitucional. Quinta edición. 1905.

Justo Arosemena: Estudios Constitucionales sobre los Gobiernos de la América Latina, en dos tomos. Segunda edición. 1878.

Enciclopedia Universal Ilustrada. Editores José Espasa e Hijos. Editándose.

José M. Samper: Derecho Público Interno de Colombia.

Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886–1913.

Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra: Constituciones de Colombia. 1913.

[1] A. Esmein, Obra citada, páginas 532 y 533.

Esteban Ovalle: Código de Constituciones Vigentes de todas las Naciones civilizadas. Edición de 1897.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 1915. Extractada compilada y anotada por Fernando Garavito.

D. Andrés Bello: Obras Completas. Tomo IX, Opúsculos Jurídicos. 1885.

LA DICTATURE RÉPUBLICAINE ET LE GOUVERNEMENT BRÉSILIEN.

Par ANTONIO DOS REIS CARVALHO.

Les esprits émancipés de toute idée théologico-métaphysique et animés d'une véritable ardeur sociale, qui se préoccupent des problèmes politiques de la situation moderne de l'Occident, n'auront certes pas d'hésitation à se convaincre des trois règles fondamentales au moyen desquelles Auguste Comte a résumé les mesures nécessaires au moment actuel pour régler la direction politique, préambule d'une complète et définitive réorganisation sociale.

Elles peuvent être formulées d'une manière générale, suivant les énoncés relatifs au cas particulier du peuple français:

1. *Le Gouvernement doit être républicain et non monarchique.*
2. *La République doit être dictatoriale et non parlementaire.*
3. *La Dictature doit être temporelle et non spirituelle.*

Ces règles ne sont point de simples formules conventionnelles, mais des conséquences logiques des lois de l'histoire.

En effet, depuis la fin du XIII[e] siècle la société occidentale, qui était alors dominée, spirituellement par la Papauté, et politiquement par le Féodalisme, où régnait autant que le permettait la théologie monothéique, l'indépendance entre la puissance morale et occidentale du Catholicisme et la force matérielle et locale du gouvernement féodal, commença à se dissoudre suivant une double cause de désagrégation.

Ce fut d'abord la lutte entre l'autorité spirituelle des Papes et le pouvoir temporel des Rois; ensuite, la lutte entre la force locale de la Noblesse et l'autorité centrale de la Royauté.

De ce double conflit résulta, d'un côté, la victoire de la Royauté sur la Papauté: de l'autre, la victoire des Rois sur les Nobles, et vice-versa; celle-là détermina la formation des églises nationales et la dernière, la constitution de gouvernements politiques forts, les dictatures monarchiques ou aristocratiques suivant que le triomphe décisif échut au Roi ou au Noble.

Ce dernier est le cas exceptionnel dont le type est l'Angleterre; le fait normal fut la victoire du pouvoir central des Rois. Toute cette évolution se réalisa en deux siècles, le XIV[e] et le XV[e].

En outre, l'ancien esclave que la civilisation féodale avait transformé en serf et qu'elle avait enfin libéré, devenait graduellement la grande masse prolétaire, tendant avec la femme domestiquement émancipée vers une définitive incorporation sociale. Le Peuple naissait, en aspirant à ses justes prérogatives et en se consacrant au développement des arts de la paix en train de remplacer graduellement l'activité guerrière. Le régime de la civilisation du moyen-âge se dissolvait et les éléments d'un nouvel ordre s'élaboraient. L'humanité continuait son évolution sans rompre avec le moyen-âge, mais il y avait l'apparence d'une renaissance de l'intelligence et de l'activité, puisque les temps médiévaux se consacrèrent admirablement au service presque exclusif de la mo-

rale humaine. La Renaissance instituait le mouvement de reconstruction de l'ère moderne et signalait la désorganisation de la société catholico-féodale.

A ce premier stade de l'histoire moderne succède la Réforme qui détruit le dogme catholique et accentue encore les résultats de l'évolution antérieure. Les papes se subordonnent de plus en plus aux rois et la noblesse est complètement annulée. Quoiqu'il se trouve encore sous l'autorité des restes du régime féodal, le peuple croît toujours en force. L'impôt, la corvée et la dîme le soumettent à la tyrannie du roi, du noble et du prêtre, dès que les dictateurs monarchiques deviennent rétrogrades. Les persécutions religieuses se développent. Vu que la foi détruite ne peut s'imposer par la persuasion et par la conviction, ses organes dégénérés prétendent l'imposer par la force. Catholiques et protestants s'entretuent et massacrent au nom des croyances qu'ils défendent. Las âmes supérieures qui continuent l'élaboration scientifico-philosophique de l'antiquité, à peine accrue des acquisitions du génie arabe et qui s'émancipent petit à petit de la théologie catholico-protestante, sont les victimes de l'intolérance des fanatiques, subissent les martyres des inquisiteurs, qui, au nom du Catholicisme, arrachent à Galilée une rétractation humiliante, et, au nom du protestantisme, sacrifient Servet. La liberté de conscience que proclamait la Réforme, avait des limites, ne pouvait aller au-delà de la Bible, de sorte que, si l'intolérance doctrinaire était complète dans la réaction du Catholicisme décadent, elle existait aussi en son fragment réformé.

Néanmoins, le protestantisme signala le premier pas vers l'indépendance spirituelle et permit l'effort des plus profondes cogitations scientifiques et philosophiques qui préparèrent le siècle des encyclopédistes.

Deux siècles s'écoulent encore, le XVIe et le XVIIe; pendant le dernier quart de celui-ci s'annonce la troisième et dernière phase du mouvement moderne: c'est la Révolution proprement dite. On élimine complètement toute conception théologique; il ne reste aux âmes qu'une vague foi en Dieu. La concentration du pouvoir temporel s'accentue, il devient rétrograde aussitôt que Louis XIV après la mort de Colbert signe la révocation de l'édit de Nantes, et les prêtres, plus unis aux rois, s'allient pour une oppression commune contre la nouvelle société qui surgissait. C'était le *Tiers Etat* qui venait se formant depuis le moyen-âge. L'ouvrier, spécialement urbain, la classe prolétaire enfin était enrégimentée; ses sentiments et ses idées ne permettaient pas plus longtemps le régime oppressif qui existait en Occident, notamment en France, à Paris, la ville incomparable, à laquelle échoit depuis la fin du moyen-âge, le gouvernement spirituel du monde. Alors éclate la grande crise de 1789, signalant l'issue de la révolution moderne et le début de la complète régénération humaine.

Toute l'évolution antérieure se résume empiriquement en ce tragique mais sublime spectacle de la Révolution Française, politiquement symbolisée dans l'extraordinaire figure de Danton.

La liberté de conscience, mal ébauchée par la Réforme, est proclamée dans toute sa plénitude.

La dictature dantonienne maintient la centralisation du gouvernement royal, mais devient républicaine, en abolissant la royauté et incorporant l'évolution populaire.

La Révolution Française confirme ainsi spontanément toute l'évolution du passé occidental: liberté spirituelle, centralisation temporelle (dictature) et incorporation populaire (république).

Concilier les éléments normaux de cette évolution était la règle à formuler après la démonstration de la loi historique. C'est ce que fit Auguste Comte en instituant la *Dictature Républicaine*, qui est l'expression systématique du gouvernement, spontanément ébauché par l'immortelle *Convention*, et pressentie

par le patriarche des républiques hispano-américaines, le grand Bolivar, lorsque, en 1826, devant le Congrès Constituant de la Bolivie, il affirme dans un célèbre message que "*un président à vie ayant droit à choisir son successeur est l'inspiration la plus sublime dans l'ordre républicain.*"

Au moment actuel, personne ne méconnait, du moins tous le sentent, qu'il n'y a pas d'uniformité de croyances ni d'opinons. Même parmi ceux qui se disent catholiques, il y a des divergences frappantes, en sorte que le caractère de la civilisation contemporaine est la multiplicité confuse des théories, tout particulièrement des idées politiques et morales. On peut dire que, dans ce domaine, chaque homme a une opinion spéciale, de sorte que, une fois au gouvernement, s'il prétend imposer sa croyance aux gouvernés il se transforme en un tyran, rendant le peuple servile, si celui-ci accepte l'oppression, ou bien martyr et rebelle, s'il réagit passivement ou activement contre elle.

Si la situation sociale est telle, ce que personne ne saurait sincèrement contester, le seul moyen d'éviter les tyrannies et les séditions, le servilisme ou le martyre, c'est de pratiquer la règle politique fondamentale qu'enseigne la sociologie par l'entremise du génie universel d'Auguste Comte: *établir légalement la pleine liberté spirituelle*, de façon à ce que la force matérielle assiste impassible à la lutte des croyances et des opinions, d'où doit fatalement surgir la vraie doctrine politique et morale, comme toutes les vraies doctrines ont toujours surgi. Et cette liberté ne doit pas se borner au seul dogme théologique, mais encore aux dogmes métaphysiques et scientifiques. Il est tout aussi immoral et irrationnel d'obliger à croire en Dieu qu'à l'éther ou à la gravitation universelle. Est tout aussi tyrannique le gouvernement qui prête son prestige, sa force materielle à une église théologique ou à une corporation métaphysique, qu'à une académie scientifique quelconque. La théologie, la métaphysique et la science tiennent du domaine de la conscience; le triomphe échoit toujours à celles qui sont opportunes, par la persuasion, par la conviction indépendamment de l'aide où de la résistance de la force matérielle des gouvernements. La pleine liberté spirituelle, livrée à ses seules forces, donnera la victoire aux croyances réelles en éliminant les fictives. Ainsi en a-t-il déjà été pour le dogme du mouvement de la terre, qui a déjà triomphé sans s'imposer par la force et Dieu a été éliminé des meilleurs esprits, malgré les persécutions et les menaces des tyrans de toute espèce, qu'ils fussent des inquisiteurs catholiques tels que le Torquemada, ou des inquisiteurs a catholiques tels que Robespierre.

D'après un tel critérium l'on doit, non seulement s'abstenir d'imposer aux peuples des croyances théologiques, mais encore les diverses doctrines métaphysiques et scientifiques.

S'il est tyrannique de faire entretenir par l'état les principes religieux propagés par le sacerdoce catholique, ou n'importe quel autre, il en est de même de maintenir des professeurs, apôtres du matérialisme, de l'évolutionisme, du monisme, du positivisme, enseignant dans les écoles officielles les idées qu'ils acceptent personnellement et qui n'ont pas l'unanime assentiment de la société.

C'est ainsi que la Convention, cette majestueuse assemblée, dominée par le génie de Danton, avec un profond et admirable sentiment des vérités sociologiques, qui n'étaient pas encore systématisées, comprit le dogme éternel, le dogme béni de la pleine liberté spirituelle, lorsque, en éliminant la théologie catholique qui dominait avec la royauté, elle élimina aussi la science officielle en supprimant l'Académie des Sciences. Et Auguste Comte systématisa scientifiquement ce qui avait été, d'une manière empirique ébauché par la sublime assemblée.

La pleine liberté spirituelle marche de pair avec un fort gouvernement central. C'est le résultat de la victoire des rois sur les nobles, de plus en plus accentuée pendant toute la révolution des six derniers siècles. Mais comme

le mouvement républicain s'accélère à côté de cette victoire, caractérisé par l'incorporation du peuple à la société, le gouvernement central tend vers la situation républicaine. D'où, la dictature avec la république et non pas avec la royauté.

Ainsi donc, tous les efforts des patriotes de l'Occident qui se mêlent de politique ainsi que le marin de la navigation, envisageant l'art de gouverner les peuples comme une application systématique de la sociologie de même que l'art de gouverner les navires est une application de l'astronomie, tous les efforts des hommes d'État dignes de ce nom doivent concourir à l'installation dans les patries occidentales du régime politique fondé sur cette triple base:

1. Liberté spirituelle;
2. Concentration du gourvenement temporel;
3. Abolition de la royauté;

D'où résulte:

1. Séparation entre le Gouvernement et le Sacerdoce (la séparation des pouvoirs, le pouvoir temporel d'avec le pouvoir spirituel; la séparation de l'église de l'État n'en est qu'un cas particulier);
2. Gouvernement monocratique ou dictatorial;
3. Monocratie ou dictature républicaine.

C'est ce que nous apprend et démontre la science du passé. C'est la règle politique émanée de la démonstration sociologique.

Avec de telles aspirations qui étaitent prêchées révolutionnairement par l'intrépide Silva Jardin naquit la République Brésilienne le 15 novembre 1889. Son fondateur, l'éminent Benjamin Constant, était un adepte sincère et avoué de la Religion de l'Humanité; et se proclamait avec satisfaction disciple d'Auguste Comte. Quelles qu'aient été ses fautes politiques, il n'en est pas moins sûr que c'est lui le premier homme d'État qui s'est présenté comme libre des préjugés révolutionnaires du républicanisme démocratique. Avec Benjamin Constant travailla aux débuts de l'organisation républicaine, soit au sein du Gouvernement Provisoire, soit dans la Constituante, Demetrio Ribeiro, à l'influence directe duquel le Brésil républicain doit les premières conquêtes libérales, d'après les principes de la politique scientifique.

A ce patriote si plein de mérites, se joignirent Annibal Falcão, Teixeira de Souza, Barbosa Lima, Julio de Castilhos et d'autres esprits guidés à différents degrés par les enseignements d'Auguste Comte, dont la doctrine intégrale était propagée, depuis 1881, de même que de nos jours, par l'Apostolat positiviste sous la double direction de deux éminents compatriotes, les dévoués apôtres—Miguel Lemos et Teixeira Mendes. C'est sous l'influence, franchement positiviste des directeurs officiels ou officieux du mouvement social, malheureusement troublé par les greffes des doctrinaires de la méthaphysique démocratique, parmi lesquels se détachait la figure saillante dans le parlement de l'Empire aboli, l'illustre publiciste Ruy Barbosa, qu'agissait le Gouvernement Provisoire et que fut finalement promulguée la Constitution du 24 février 1891.

Sans incorporer toutes les solutions que comporte déjà et que comportait même alors la situation politique du Brésil, la Constitution féderale établit légalement:

1. Le gouvernement républicain fédératif;
2. Le présidentialisme;
3. Le mariage civil;
4. La sécularisation des cimetières;
5. La séparation de l'Église et de l'État;
6. La pleine liberté de la presse;
7. L'abolition de l'anonymat;
8. La liberté professionelle; etc.

Ainsi fut donc satisfaite presque toute la première partie du programme politique de notre temps liberté spirituelle—d'une manière incomplète, la seconde, car le régime franchement dictatorial fut remplacé par celui qu'on appelle présidentialisme, maintenant encore la fiction des trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire; et toute la dernière partie, par l'abolition radicale de la monarchie.

Avec ces conquêtes, faisant partie de la Loi constitutionnelle, la Patrie Brésilienne inscrivit sur son pavillon or et vert la légende caractéristique—*Ordre et Progrès*—formulée par Auguste Comte, et qui synthétise la sublime aspiration de tous les cœurs patriotes, quelles que soient leurs croyances politiques et religieuses.

On inaugura l'existence légale de la République sous les plus heureux auspices; mais le pouvoir était bientôt tombé exclusivement dans les mains des plus rétrogrades, les monarchistes de la veille y compris, ce qui détermina la situation actuelle, où la pratique politique rompt avec les institutions républicaines, constitutionnellement incorporées au pacte du 24 février.

Ainsi, au §5 de l'article 72 de la Constitution Fédérale qui établit:

"*Les cimetieres auront un caractère laïque et seront administrés par l'autorité municipale,*" tous les cultes religieux ayant liberté de pratiquer les rituels respectifs par rapport à leurs croyants, autant qu'ils ne sont pas offensifs à la morale publique et aux lois; s'oppose le maintien scandaleux des privilèges funéraires de la *Santa Casa da Misericordia* et d'autres confréries cléricales.

Au §7, qui détermine avec clarté et précision:

"*Aucun culte ou église ne jouira de subvention officielle, ni n'aura de relations de dépendance ou d'alliance avec le Gouvernement de l'Union ou des États;*" s'oppose le rétablissement de la Légation du Brésil auprès du Saint Siège, sans parler d'autres infractions multiples telles que: la célébration d'obsèques catholiques, comme si le Catholicisme était religion d'État; considérer fériés les jours de fête exclusivement catholiques; soumettre à la bénédiction de l'autorité catholique la pierre fondamentale des bâtiments publics; intervenir dans la création du cardinalat au Brésil.

Aux §§11 et 17 qui garantissent l'inviolabilité du foyer et de la propriété, correspond la violence des lois sanitaires et d'expropriation, sous prétexte d'hygiène et d'utilité publique.

Au §24 qui statue d'une manière positive:

"*Est garanti le libre exercice de toute profession, morale, intellectuelle et industrielle;*" s'oppose la continuation rétrograde des privilèges scholastiques et académiques, maintenant l'injustice de ne pas privilégier la théologie catholique, dont la morale est encore le guide des meilleures âmes féminines, tandis que l'on protège la métaphysique et la science des discoureurs et des docteurs, dont la compétence, de même que celle du prêtre et de l'industriel, doit être estimée d'après l'opinion publique, fondée sur la valeur effective, indépendamment des diplômes.

Au §28, qui déclare formellement:

"*Pour motif de croyances ou de fonction religieuse, aucun citoyen brésilien ne pourra être privé des ses droits civils et politiques ni se dispenser de l'accomplissement d'un devoir civique quelconque;*" s'oppose les amendes et les emprisonnements établis au *Code Pénal* et par le *Règlement Sanitaire* contre les marchands d'orviétan, charlatans, empiriques, les espirites, les cartomanciers, et autres sortes de croyants, ainsi que contre tous ceux qui ne croient plus aux théories médicales des savants officiels.

A l'article 78, qui prescrit:

"*La spécification des garanties et droits exprimes dans la Constitution n'excluira d'autres garanties et droits non énumérés, mais qui résultent de la forme de gouvernement qu'elle établit et des principes qu'elle consigne;*" s'opposent d'une manière générale tous les despotismes qui ont profané le régime républicain, parmi lesquels prédominaient il y a une dizaine d'années, la tyrannie sanitaire établie sous prétexte d'hygiène publique, qui, d'oppression en oppression, n'hésita point à tenter de s'attaquer au corps même du citoyen, en décrétant la loi draconienne de la vaccination obligatoire, cause immédiate de la sanglante rébellion du 14 novembre 1904 (Gouvernement du Président Rodrigues Alves), et il y a quatre ans, l'intervention militaire dans les États, enfreignant ainsi le régime fédératif, sous prétexte d'en finir avec les oligarchies, ce qui eut comme résultat d'ensanglanter le Pará, le Ceará, Alagôas, Pernambuco et Bahia (Gouvernement du Président Rodrigues da Fonseca).

A l'article 80 qui "*n'autorise la suspension des garanties constitutionnelles que dans les cas d'aggression étrangère ou de trouble intestin;*" s'oppose les états de siège successifs, dont les victimes ont été tout spécialement les prolétaires et à l'ombre sinistre desquels ont été pratiqués les assassinats légaux à Ilha das Cobras et sur le pont du "Satellite," à l'occasion de la révolte des matelots le 10 novembre 1910 (Gouvernement du Président Rodrigues da Fonseca).

Mais tout cela, toutes ces infractions du régime n'exclut point la conviction du progrès du Brésil par suite de l'avènement légal de la République. Il suffirait de rappeler que sous ces mêmes gouvernements, sous la responsabilité desquels ont été pratiqués les actes condamnables que nous venons d'énumérer, on a aussi pratiqué bien des actes méritoires. C'est le Président Rodrigues Alves qui a été le promoteur des améliorations matérielles de la ville de Rio de Janeiro, contribuant ainsi à ce que la capitale du Brésil puisse rivaliser en beauté artistique avec les principales métropoles du monde, elle qui en était déjà la rivale sous le point de vue de la beauté naturelle.

Ce fut le Président Rodrigues da Fonseca, le Maréchal Hermès, nom sous lequel il est plus connu, qui, par le concours de son ministre, Rivadavia Corrêa, tâcha de pratiquer dans toute sa plénitude le principe essentiellement républicain de la plus complète liberté professionnelle.

Et ces faits tout récents du régime présidentiel sont deux événements d'une incomparable valeur politique et morale: le traité entre le Brésil et l'Uruguay sur le domaine en commun du lac Mirim et du fleuve Jaguarão, et le service de la protection des Indiens, actes pratiqués sous le gouvernement du Président Nilo Peçanha avec le concours des ministres Rio Branco et Rodolpho Miranda, tous les deux influenciés par l'action spirituelle de l'Église et de l'Apostolat Positiviste, représentés dans cette grande croisade pour les Indiens, par un de ses plus illustres membres, le Colonel Rondon.

Néanmoins, la crise économique et financière qui s'était considérablement aggravée pendant la prémière décade républicaine, surtout par suite de la révolte de la flotte du 6 septembre 1893, finalement dominée par l'inflexible fermeté du Président Floriano Peixoto, et qui avait été dissipée, ou mieux, fort atténuée grâce aux mesures du Président Campos Salles, avec l'assistance de son illustre ministre Joaquim Murtinho, a surgi de nouveau d'une façon redoutable et saisissante, avec la menace de mener le pays à la banqueroute, dans les deux dernières années du gouvernement de Harmès. D'où le profond mécontentement de la nation et l'appel de tous, riches ou pauvres, bourgeois et prolétaires, fonctionnaires publics et industriels, militaires et civils, à une solution qui vienne les libérer des maux immédiats de la situation actuelle.

On invoque alors comme un remède la réforme de la Constitution du 24 février ayant en vue d'établir, au lieu du présidentialisme, le régime parlementaire; au lieu de la fédération, la république unitaire. Quelque-uns, plus radicaux, rêvent de la monarchie. Quant à la dictature, la dictature républicaine, jamais!

Vu que le mot dictature est vulgairement synonyme de despotisme, la majorité des lettrés excite la haine du peuple contre la forme gouvernementale déduite des lois de l'histoire que est la dictature républicaine, sans qu'il leur vienne à l'idée que, en fait, le despotisme, la tyrannie, consiste, non pas dans la concentration du gouvernement ou dans le seul despotisme à vie, mais dans le fait de vouloir que le gouvernement investi du pouvoir temporel intervienne dans la sphère spirituelle. Dès que le gouvernement concentré (dictature) ne dirige que l'ordre matériel et que son action est ainsi réduite au minimum, puisqu'il n'intervient dans nulle question d'ordre morale—ce qui est la condition fondamentale de la dictature républicaine ou de la république dictatoriale—le monocrate ne saurait plus être un despote, le dictateur n'est pas tyrannique. Toutefois, s'il n'en est pas ainsi, si le gouvernement a des prétentions à diriger la conscience, si l'État s'arroge en tuteur de l'individu, s'il veut contrôler les croyances, les opinions et les habitudes, alors règne la tyrannie, soit q'elle ait son origine dans le décret d'un dictateur, soit dans la loi d'un parlement, ou dans l'arrêt d'un tribunal.

Ce sont toutefois les journalistes, les écrivains, les publicistes qui poussent les hauts cris contre la dictature, tout juste ceux qui défendent le plus l'influence despotique de l'État, tiraillé par les trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire. Seulement, ils croient, et ils tâchent d'en faire accroire au public qu'il n'y a point de tyrannie une fois que l'acte gouvernemental est une loi du corps législatif, réglementé par le pouvoir exécutif et reconnu par le judiciaire.

Ainsi avec de tels principes contradictoires, avons-nous vu de prétendus défenseurs des libertés civiles plaider la néfaste loi de la vaccination obligatoire et plus tard attaquer avec âpreté le régime de la pleine liberté professionnelle! Et, ce qui est encore plus remarquable, nous avons assisté au *militarisme en uniforme*, si on peut l'appeler de ce nom, le Gouvernement du Maréchal Hermès défendre cette grande liberté civile, cette grande liberté républicaine, tandis que *le militarisme des gens de robe* des juges du Suprême Tribunal, qui se targuent d'anti-militarisme, la combattre sans trêve ni merci par des arrêts successifs.

Non, le remède qui convient à la situation politique du Brésil n'est point le parlementarisme ni la monarchie, mais il consiste dans la pratique fidèle du régime que l'on a adopté avec la Constitution du 24 Février, laquelle ne devrait être modifiée que dans le sens de la transformation de ce statut moulé dans les modèles exacts de la dictature républicaine, constituée suivant les lois sociologiques.

Les défauts, les fautes, les égarements, les crimes eux-mêmes que nous avons indiqués résultent des hommes qui gouvernent et non point du système gouvernemental. De sorte que le problème est d'améliorer les détenteurs du pouvoir public et non pas de modifier la forme de gouvernement. Il va de soi que quelles que soient les règles politiques, présidentialisme ou parlementarisme, république fédérale ou unitaire, monarchie absolue ou constitutionnelle, il y aura des vices et des crimes aussi longtemps que les hommes seront les mêmes. L'affaire est de savoir, si, une fois donnée la contingence des défauts inhérents à tous les systèmes, lequel devra être adopté en tant que règle politique résultant des lois sociales.

Or, nous l'avons déjà démontré, ce gouvernement ne saurait être que la dictature républicaine, qu'Auguste Comte a systématisé, d'après les lois de la sociologie positive, que Bolivar avait pressentie par un coup de génie politique, que le Brésil s'essaya à adopter, mais ne le fit qu'incomplétement avec la Constitution du 24 février 1891, et qu'adopte d'une manière plue complète la Constitution de l'Etat de Rio Grande do Sul du 14 juillet 1891.

Partant, la réalisation complète de la dictature républicaine doit être le but auquel doivent tendre les efforts de tous les patriotes.

Aussitôt que la société brésilienne aura réussi à ce que le pouvoir soit aux mains de vrais républicains, aimant l'ordre et le progrès, d'accord avec les enseignements de la politique scientifique, cette dictature sera instituée dans la pratique dans toute sa plénitude.

Certes, ceux qui ont une telle aspiration sont tenus pour des visionaires et des utopistes par ceux qui sont dépourvus de fortes conceptions scientifiques dans le domaine politique et dénués de véritable ardeur sociale. Mais, quant à ceux-là, nous devons rappeler que pour toutes les conquêtes de l'Humanité et notamment de notre patrie, les utopistes, les rêveurs d'aujourd'hui sont les triomphateurs de demain, qu'ils soient vivants ou morts, qu'importe! L'abolition de l'esclavage et la République étaient des utopies pour les esclavagistes et pour les monarchistes; et l'Abolition et la République ont triomphé. La dictature républicaine, elle aussi, caractérisée par la plus complète séparation entre la puissance matérielle du Gouvernement et la force morale du Sacerdoce, qui est actuellement constitué par les prêtres, les médecins, les savants, les poètes, les journalistes, etc., tous directeurs spirituels des différents groupes dans lesquels se décompose intellectuellement la société moderne, devra se constituer désormais, définitivement, en éliminant enfin toutes les résistances rétrogrades, soit celle des monarchistes, soit celle des démocrates.

Pour un tel avenir qui sera très proche, si des hommes d'État capables surgissent, qui ne maudissent point le passé ni ne se révoltent contre le présent, nous travaillous tous, nous qui rêvons non-seulement le perfectionnement de la Patrie, mais encore la régénération totale de l'Humanité.

OBSERVATION.

Il semble à l'auteur de ce mémoire que "La dictature républicaine et le gouvernement brésilien" peut être considérée le développement d'une thèse choisie parmi les sujets que comporte le No. 11 du programme de la 6ᵉ section du Congrès, c'est-à-dire "le gouvernement présidentiel et le gouvernement parlementaire au Continent Américain."

BIBLIOGRAPHIE.

Auguste Comte: "Système de Politique Positive." Paris, 1854, Tome IV, chapitre 5ᵉ; "Appel aux Conservateurs." Paris, 1855.

Jorge Lagarrigue: "La dictature républicaine." Paris, 1896.

Teixeira Mendes e Miguel Lemos: "Bases de uma Constituição Politica Dictatorial Federativa para a Republica Brasileira." Rio de Janeiro, 1890.

Teixeira Mendes: "Esboço biographico de Benjamin Constant, fundador da Republica Brazileira." Rio de Janeiro, 1892, 1° vol.; "Liberdade espirtual no Brasil." Rio de Janeiro, 1913; "O Imperio Brasileiro e a Republica Brasileira perante a Regeneração Social." Rio de Janeiro, 1913; "Contra a vaccinação obrigatoria." Rio de Janeiro, 1904; "Brasil-Uruguay." Rio de Janeiro, 1909; "A influencia positivista no actual serviço de protecção aos indios e localisação de trabalhadores nacionaes." Rio de Janeiro, 1913.

Dr. Bagueira Leal: "A questão da vaccina." Rio de Janeiro, 1904; "Notice historique sur la question de la vaccination obligatoire au Brésil." Rio de Janeiro, 1911; "O despotismo sanitario." Rio de Janeiro, 1901.

Simon Bolivar: "Mensage del Libertador con que presentó el proyeto de constitucion al Congreso Constituyente de Bolivia." Lima, 1826, in Documentos para la historia de la vida pública del Libertador, Tomo X, Caracas, 1876; Dunshee de Abranches—"Actas e actos do Governo Provisorio." Rio de Janeiro, 1907—Constituição e leis organicas da Republica dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro, 1891—Constituição Politica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1891. Diario Official dos Estados Unidos do Brasil, collecção de 1889–1914.

DU MÊME AUTEUR.

O poder judiciario e a liberdade profissional, conférence publique. Rio de Janeiro, 1913.

A literatura maranhense, mémoire publié dans le Tome XX de la Bibliotheca Internacional de Obras Célebres. Lisbôa, 1913.

Les neutres et la Grande Guerre, article publié en portugais dans le "Journal du Commerce" le 21 octobre 1914, suivi des traductions française, italienne, espagnole, anglaise et allemande. Rio de Janeiro, 1915.

GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD.

Por JUSTINO E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA,

Profesor de la Facultad de Derecho de Montevideo.

I. Sugestión engañosa.

Desde que el antiguo régimen hizo crisis, la aspiración orgánica de las sociedades modernas se identificó con la fórmula política de la división o separación de poderes. Ella preside el advenimiento democrático de todos los pueblos; salva a éstos en todas las remisiones del despotismo, convencional o cesáreo, y se transforma en el postulado inicial de las Constituciones, tan fecundo en derivaciones orgánicas que puede decirse de él que encierra en esencia y potencia toda la doctrina del Derecho Público moderno.

Garantía, la más alta, de la libertad civil, integra el cuerpo de doctrina del gobierno representativo que afirma, como postulado inicial, la soberanía popular y realiza, por aquélla, el ideal social de la libertad en el orden.

De puro valor ideológico, de simple aspiración convertida en dogma de filosofía política, que resiste a todos los prestigios del absolutismo desde la era aristotélica, se transforma en valor constitucional. En el último cuarto del siglo XVIII lo consagran las Constituciones de los Estados Americanos y lo ratifica la Convención de Filadelfia. La última de aquéllas, la de New Hampshire, dice "que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser separados e independientes uno de otro, tanto como la naturaleza del gobierno lo permita o tanto como esta separación pueda acordarse con esta cadena de unión que liga al conjunto de la Constitución en un todo indisoluble de amistad y de unidad."

El plan de Virginia y el plan de New Jersey, propuestos a la Convención para la organización definitiva del nuevo Estado no son sino construcciones lógicas del mismo principio y, contra "los más respetables adversarios de la Constitución" debemos afirmar con Madison que ésta es la más hermosa ratificación de la doctrina a que Montesquieu dió un nombre y que ha llegado a ser el dogma político de la América independiente.

Todos los pueblos de la América española han formulado categóricamente su firme adhesión a la teoría orgánica que no ha tenido cátedra más alta que el Congreso de Filadelfia.

El Uruguay no ha hecho excepción en ese reconocimiento expreso y universal de la doctrina de la separación de poderes como fundamento inquebrantable de todo régimen de libertad. Él está consagrado en los términos generales y amplios del artículo 14 de la Constitución afirmada por Ellauri, el padre de la República, en su discurso informativo en que dice que "la Comisión, al redactar el proyecto en discusión, se propuso expresar en él todo lo que esencialmente debe contener una buena Constitución, a saber 3° y último, arreglar la distribución de los poderes políticos, señalar sus límites y extensión, marcar sus órbitas para que no se choquen al paso que obren con independencia, y decir la forma en que se quiere que sean ejercidos * * *"; ratificado por la Asamblea Constituyente y Legislativa en su manifiesto a los pueblos al declarar que sus representantes, siguiendo el sentimiento nacional, han dividido los poderes, separado la formación de las leyes de su ejecución y aplicación y detallado las atribuciones de cada uno.

Tal es la virtud intrínseca de esta fórmula que ella se identifica con el espíritu democrático, integra la conciencia política del siglo y se presenta a las nuevas generaciones como el legado histórico más trascendente de aquellas otras que opusieron la libertad civil y política a todos los absolutismos.

Sin embargo, la América presiente el fracaso de su régimen. El predominio del aspecto político en la gestión le los parlamentos y la consiguiente insuficiencia de la ley para regular el orden jurídico; la extensión, que no parece tener término, de las actividades del Estado traduciéndose en un robustecimiento extraordinario de los poderes de la Administración, aún no diferenciados; la irresponsabilidad de hecho de los gobernantes han quebrantado el equilibrio originario y debilitado la fe en la virtud democrática de ese principio básico de la organización republicana.

Así se explica que, buscando la solución del problema gubernamental en nuevos supuestos equilibrios de los dos únicos términos de la fórmula tripartita que no pueden darla, se enuncie "la sugestión de que podría obtenerse una cooperación más íntima de los poderes políticos estableciendo que a los primeros funcionarios o consejeros, es decir, a los miembros del Gabinete se les permitiese o exigiese que se presentasen ante el Poder Legislativo para explicar y justificar su política; y así hacerlos más directamente responsables ante el pueblo por medio de sus legítimos representantes."

La sugestión es engañosa porque no llevaría a la afirmación de una verdadera responsabilidad por el ejercicio de la función política, ratificaría en la fórmula constitucional esa irresponsabilidad de hecho que es la negación republicana y rompería el molde histórico del gobierno americano en el que los Ministros no son ni integran un poder de gobierno y el Jefe de Estado compromete ante el país su responsabilidad de funcionario porque tiene el pleno ejercicio de su función.

Búsquese en buena hora la forma de hacer efectiva esta responsabilidad sin comprometer la separación necesaria de los poderes. Pero no se desnaturalice

la institución ministerial, que con ello se rompe el perfecto equilibrio del sistema y se ofrece a la América como solución de un problema político inquietante el caos institucional y el gobierno de la convención.

Los Ministros no pueden dejar de ser lo que son hoy en el sistema general de la América, en ese sistema que se ha conservado para ejemplo de todos los países libres de la tierra, y en el que aquellos simples funcionarios, agentes de un Ejecutivo gobernante, jurídicamente subordinados, ejecutores responsables de las voluntades presidenciales, con una responsabilidad general que no autoriza la afirmación de que constituyan o integren un poder gubernamental, con o sin acceso a las Cámaras, grandes o mediocres ante la historia, llenan una función útil de gobierno sin identificarse con la institución parlamentaria del Gabinete ni con el Consejo Privado del Rey, repudiados por aquellos primitivos iluminados creadores de un novum ordo, que leían alternativamente "La Biblia" y "El espíritu de las leyes," místicos de la Democracia y evangelizadores en nombre de la santa soberanía popular.

Yo he fundado, en un modesto alegato, mi repugnancia por esa forma supuesta de responsabilidad gubernamental que deja a los Ministros a merced de las violencias y de las pasiones de los Parlamentos, que los transforma en agentes de tiranía legislativa y que convierte al Ejecutivo en un rodaje inútil e incómodo del régimen de gobierno.

Reproduciré aquellos juicios en que repudio, como no armónico con la República, un sistema que se presenta históricamente, como una transición de la monarquía despótica al régimen constitucional de la democracia y como evidentemente contradictoria con el espíritu republicano, con ese espíritu cuya esencia penetra la forma americana, el régimen que ha encontrado su catecismo de libertad en las páginas magistrales del "Federalista," pero nó la república parlamentaria en que, frente al desenfreno de las cámaras electivas, sólo hay el fantasma de un presidente irresponsable y absolutamente inútil en el mecanismo constitucional.

La mayor extensión, he escrito, de la responsabilidad política como manifestación de una extensión cada día mayor de los derechos de tutela y vigilancia de la Cámara sobre el Gabinete, hace cada día más innecesario recurrir a los procedimientos mediante los cuales se hace efectiva la verdadera responsabilidad política.

Aun cuando la responsabilidad política parlamentaria no realice el concepto moral y jurídico de la responsabilidad por la acción e importe por lo tanto la afirmación de la irresponsabilidad ministerial, no deja de ser su aplicación exclusiva un medio eficaz en cierto sentido de impedir la consumación de actos que pudieran dar mérito a las otras dos formas de responsabilidad.

Por regla general las Asambleas que difícilmente permiten a los gabinetes realizar nada bueno, tampoco les dan tiempo para comprometer por su gestión administrativa, su responsabilidad penal o civil.

Por lo mismo que la existencia de los Gabinetes es precaria, que su acción más intensa es legislativa, no tienen tiempo, en general y sin que ello importe afirmar la moralidad estricta de su gestión, de realizar actos inconsultos que causen daño reparable civilmente en favor de la administración o de los particulares o que den mérito a una sanción penal.

Acaso en pura teoría constitucional pudiera admitirse—y ello sería una de las formas de la acción supuesta educativa del parlamentarismo—que la aplicación del principio de la responsabilidad política hace innecesario el empleo de los procedimientos tendientes a la afirmación de la responsabilidad jurídica.

Es el concepto que desarrolla Contuzzi en esta forma: "Un Parlamento consciente de su misión no da tiempo a un ministro inepto o deshonesto de realizar actos ilegales; el Presidente del Consejo, aún sin el voto de la Cámara, puede provocar una crisis ministerial para encontrar el modo de que salga del gabinete tal ministro; y una vigilancia suprema debe ejercitar el Jefe de Estado en el mismo régimen parlamentario."

Pero si esta responsabilidad política, cuya existencia hace verdadera la del gobierno parlamentario en el concepto de Marco Minghetti y solidariza a los ministros por la gestión de la política del gobierno, constituye hipotéticamente un factor de educación moral y política de la democracia, no deja de ser un obstáculo a la acción normal y continuada del Gobierno.

No puede desconocerse que es un mal grave del parlamentarismo, que revela la imposibilidad de adoptar el sistema a cualquiera condición histórica, la instabilidad ministerial que le es inherente y que si es un obstáculo al ejercicio organizado de las funciones de administración y de gobierno, repercute también hondamente sobre la función legislativa, pudiendo afirmarse que es la causa directa de la atonía en materia de legislación que singulariza a los pueblos sometidos al régimen parlamentario.

Dependiendo la vida de los Gabinetes del capricho de las Asambleas de las mayorías cada vez más inestables, y correspondiéndoles por lógica del sistema, la parte más importante de la iniciativa en materia de legislación, dos razones igualmente fuertes contribuyen a ese debilitamiento legislativo.

En primer lugar obra sobre ellos, el temor de provocar desplazamientos de la mayoría parlamentaria con proyectos de legislación cuya importancia no sea apreciada del mismo modo por todos los elementos de que aquella está formada.

En segundo término contribuye a ese debilitamiento de la iniciativa la breve duración de los Gabinetes, que no da tiempo a los ministros de conocer las verdaderas necesidades del país y proyectar las reformas útiles de la legislación, someterlas a la votación parlamentaria y llevar así a la realidad lo que sin ello, no es más que una simple promesa de un programa político no realizado.

A medida que la división de los partidos parlamentarios, como una consecuencia de la extensión del sufragio, aumente, la instabilidad ministerial irá siendo cada vez mayor, la existencia de los blocs parlamentarios será cada vez más precaria y se agravarán esos males que de la instabilidad se derivan y que tienen, como consecuencia necesaria, el desenfreno de las ambiciones políticas y la pérdida de toda noción de orden, de moderación y de equilibrio. Se hará más aguda, más intensa, la crisis política que es el azote permanente de los gobiernos parlamentarios y más breves los períodos de remisión.

Es éste un mal congénito del parlamentarismo, de existencia necesaria, mientras perdure el régimen. Este exige que los ministerios nazcan de las mayorías parlamentarias, que gobiernen de acuerdo con ellas y que caigan cuando la mayoría entienda que han dejado de ser sus servidores. La orientación de los nuevos Gabinetes queda revocablemente fijada por el voto de censura que ha hecho posible su existencia y que ha animado con el espíritu de esa mayoría la nueva combinación ministerial.

He afirmado anteriormente que es menester no confundir el concepto de la responsabilidad política de los ministros con el de responsabilidad correlativo a toda acción moral y jurídica.

La distinción tiene su utilidad porque, a pesar de todo, las crisis ministeriales no sancionan ni la voluntad culpable ni el daño civil posibles en la gestión ministerial.

La misma responsabilidad política es ilusoria, porque se sabe que los ministerios caen generalmente por competencias personales o luchas de partidos

y de intereses, y se fija generalmente sobre cuestiones de carácter secundario, que no tienen una relación directa con la política general del gobierno, y que, las más de las veces son de incumbencia exclusiva de las Asambleas.

No puede decirse que existe una responsabilidad efectiva, no ya de carácter jurídico sino puramente política, allí donde no existe libertad de acción. Sería falsear los fundamentos racionales de la responsabilidad. No existe ésta allí donde lo que se dice ser su aplicación no es más que jugar al juego de derribar ministerios para sustituirlos, muchas veces, por otros que responden exactamente al mismo programa de gobierno. No es posible hablar de responsabilidad allí donde no hay luchas de principios y sí de bastardías.

Pero, aun en el supuesto de que exista ese principio de responsabilidad política, no es posible que sea aquélla la sanción única de todas las responsabilidades. Repugna al espíritu democrático esa transacción con el delito que recibe como sanción única el despojo de su investidura al delincuente sin incapacitarlo siquiera para reincidir a breve término merced a la frecuencia de las combinaciones ministeriales. Se suprime por inocuas, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal de los ministros. No hay ya sanción para las grandes faltas que deben purgarse y el castigo por haber comprometido la tranquilidad interior o el concepto moral del país en el exterior no es más que un olvido de breves horas.

La democracia olvida, en el parlamentarismo, que la impunidad hace cínicos a los hombres y no es de asombrarse que alguien vea nacer a la sombra de esa supuesta y única responsabilidad política, un régimen de alta y baja venalidad.

No es ilógico que esto suceda; es humano el deseo de conservarse en el poder cuando se ha llegado a él y, en un régimen político que suprime la garantía única de la libertad, que es la responsabilidad y, en la subversión completa que entraña, se haga uso de todos los medios reprobados, y llevados a la categoría de delitos por las leyes penales, cuando se sabe que esa ley penal es letra muerta y cuando se comienza por violar los principios más elementales de la moral y del derecho.

Cuando se asiste a la labor de un gobierno liberal, como lo comprueba Faguet en Francia, que quiere descristianizar el país sin ser ello, como Faguet lo afirma, ni su función, ni su rol, ni su derecho, y sin tener en cuenta que hay pueblos, como la Bretaña, que son eminentemente cristianos y que tienen el derecho de serlo y de educar a sus hijos en esa creencia; si para mantener el Gabinete de Waldeck-Rousseau durante dos años fueron menester las agitaciones provocadas por la ley contra las asociaciones cultuales y para dar una más larga existencia todavía al Gabinete Combes fué necesario agrupar todos los radicalismos en la labor antiliberal de suprimir la enseñanza congregacionista, no es de extrañar que el sistema, agotadas las cuestiones fundamentales de legislación y de política, tenga que conservarse por la solidaridad de los pequeños grupos en el delito, por la conservación de las coaliciones más absurdas, y mediante sacrificios de dignidad ministeriales.

Pero, aun así, no se realizará el ideal necesario de gobierno que quiere que los detentadores del Poder Ejecutivo llenen las funciones de gobierno y de administración.

No puede afirmarse que este ideal se cumpla por ministros que no disponen ni siquiera del tiempo necesario para iniciarse en los secretos ministeriales; por hombres escogidos, no en razón de sus capacidades sino en virtud de sus afinidades; por políticos sin capacidad administrativa que se sienten forzosamente inhabilitados para marcar rumbos a la administración y poner orden a la breve, pero contradictoria labor de sus antecesores.

Si es cierto que su breve permanencia en los ministerios no les permite destruir demasiado en la administración, que es, por excelencia, conservación e incrementación, están inhabilitados para toda labor de perfeccionamiento, y, cuando se sienten con energías suficientes como para proyectar reformas de carácter administrativo y la elevación de espíritu necesaria para abandonar a sus rivales políticos la labor de realizar iniciativas propias y que suponen fecundas, antes que sus proyectos reciban la aprobación parlamentaria, caen envueltos en una de las infinitas crisis de gobierno.

A tal extremo es difícil, bajo el gobierno parlamentario realizar esta función que uno de los más sólidos escritores políticos de Francia se cree autorizado para afirmar que "una reforma no pasa a menudo más que por sorpresa, por efecto de una negligencia feliz de parte de un Ministro que la ha firmado sin tener conocimiento de ella."

Absorbidos por atenciones de carácter político; obligados, para conservarse en el poder, a buscar satisfacción a los caprichos de los hombres de la mayoría parlamentaria y de las mayorías electoras de esos hombres; dependiendo en absoluto de elementos políticos inestables, no tienen, materialmente, tiempo para transformarse en lo único que debieran ser, en órganos jurídicos con funciones propias de administración y de gobierno necesarias, imperiosas e independientes.

El Gabinete no gobierna; él está condenado, en razón de la falta de disciplina parlamentaria y de lo que se ha dado en llamar su responsabilidad política, a la inacción y a la impotencia y a presidir el desorden de las jerarquías administrativas. Además en semejante régimen de gobierno los altos funcionarios de la administración siguen la suerte lamentable de sus ministros y se suceden en la dirección interna de los departamentos ministeriales sin haber tenido tiempo de dar a la administración ese espíritu de *suite* tan absolutamente necesario al cumplimiento eficaz de las funciones administrativas.

La administración se resiente, de manera inevitable, de la falta de equilibrio de las mayorías parlamentarias, de sus caprichos y de sus pasiones. No es sólo la función, sino también el empleo lo que se conserva vacilante, sin poder oponer resistencia a la voluntad omnínoda de la Cámara electiva.

Como una consecuencia de la falta de autoridad de los ministros frente a las mayorías siempre insatisfechas surge un nuevo mal, la burocracia, la complicación innecesaria de los servicios administrativos, en que no es posible ver, sin un exceso de buena voluntad, un medio de cumplirse lo que se ha llamado "la función educativa del parlamentarismo."

A este respecto escribía Laveleye esta página desconsoladora: "Otra de las plagas de Italia es el abuso de la influencia parlamentaria." También en Bélgica nos aqueja este mal, y ningún país constitucional-parlamentario se ve libre de él; pero en Italia es mayor, porque el ministerio y la administración, como no se apoyan en partidos fuertes y bien definidos, carecen de fuerza para resistir. El diputado tiene que ser el servidor de los pretendientes que lo asedian, so pena de perder sus votos, y el ministro tiene que dar gusto a los diputados para conservar a formar una mayoría. Para los nombramientos de empleados se tiene más en cuenta las recommendaciones de los miembros de la Cámara que las exigencias del servicio. Delante de aquéllas, lo mismo en Roma que en las provincias, todo el mundo tiembla y cede. Las leyes, los reglamentos, la equidad, el interés público, todo se sacrifica para complacerles. Así es este mal una fuente permanente de desórdenes, de dilapidaciones, de favoritismo y de una mala gestión en los negocios públicos,"

Fuera de la agitada labor política que se realiza en las Asambleas con la intervención constante de los ministros, la actividad toda de éstos como jefes

de la administración en el breve espacio de tiempo que se conservan en el poder, se reduce a la muy difícil de dar satisfacción a esos pequeños intereses, complicando para ello el mecanismo administrativo para poder llevar a los puestos públicos a los protegidos de aquellos elementos parlamentarios y electorales a quienes no es possible negar la satisfacción immediata de un pedido.

Si tal cosa no es posible; si el ministro se ve impedido de cumplir esos pequeños compromisos de que depende la fidelidad de los elementos políticos que lo sostienen, su estabilidad en el poder queda comprometida y una divergencia de opinion, aun la más nimia con la mayoría, decide de su suerte.

Existen, pues, factores complejos que hacen efímera la vida de los ministerios, que determinan el abandono y el olvido de los antiguos jefes por las mayorías parlamentarias inorgánicas, dando así razón de la supuesta tiranía del Gabinete, más aparente que real y que no significa otra cosa que el despotismo de la mayoría por medio de sus servidores más fieles.

Contrariamente a lo que se afirma por los panegiristas del parlamentarismo, la institución del Gabinete, destinada históricamente a ser un simple órgano de extensión democrática, de afirmación del principio de la soberanía popular, conservado el sistema sin responder ya a sus fines históricos, ha debido degenerar necesariamente en un " régimen de egoísmo y de misería en que el poder elegido goza de la hora que le es medida, sin provecho para el país y sin honor para él."

Cuanto antecede permite asegurar que encierra un falso concepto del régimen parlamentario, la definición del mismo dada por aquellos que, como Benoist y Moreau, ven en él un sistema de gobierno por separación, por relación, por equilibrio de los órganos de la vida política de la Nación.

Entiendo por el contrario, que esa no es ni su ley originaria y fundamental, ni la esencia del parlamentarismo moderno, pues la historia constitucional de los pueblos parlamentarios nos lo presenta, solamente, o como una fórmula conciliatoria aceptada por las monarquías por la imposición del espíritu moderno, confirmando así la enseñanza de Gneist de que es un estado de hecho mantenido por la fuerza de los elementos democráticos, o como un régimen híbrido aceptado como medio único de futuras usurpaciones del poder, por minorías republicanas de asambleas que carecen de capacidad de acción suficiente para restablecer la monarquía.

Siendo ésta la razón de ser del parlamentarismo equivale a desconocer su naturaleza la afirmación de que consagra la independencia funcional de los órganos del Estado.

Cuando Faguet enseña que el parlamentarismo puede ser un instrumento de libertad y que ha sido inventado para eso, afirma, implícitamente, que su finalidad es arrancar su poder a la autoridad irresponsable de los reyes, reivindicar las libertades públicas, reconquistar lentamente los atributos de la soberanía, lo que quiere decir, que no todos los órganos serán igualmente fuertes, que, frente a la impotencia de los unos, se levantará la brutal onmipotencia de los otros.

Inglaterra ha considerado siempre como una garantía para las libertades públicas el ejercicio por las Asambleas democráticas de parte de las funciones necesarias del Poder Ejecutivo.

La fe supersticiosa en su constitución alejó del espíritu del pueblo inglés toda inquietud respecto a la posible transformación del gobierno parlamentario en régimen de la Convención; no se pensó que si el régimen había surgido de un equilibrio transitorio de las fuerzas políticas del país, no podía conservarse indefinidamente, porque un nuevo equilibrio de fuerzas sociales debía poner en evidencia la ausencia de esa condición de que depende la estabilidad de los gobiernos: su adaptación al medio en que su acción se desenvuelve.

La crisis porque atraviesa el sistema parlamentario aun en Inglaterra, donde Laveleye lo consideraba, hace ya veinte años, como incapacitado para funcionar por obra de la extensión democrática y Hélie lo veía en 1875 falso en su principio, inmoral en su práctica, funesto en sus resultados, pone en evidencia la absoluta inutilidad del sistema en toda situación histórica que no sea caracterizada por la lucha del espíritu democrático con el concepto arcaico de la soberanía del monarca.

Siendo esto así, no puede caber duda respecto al carácter arbitrario y convencional del gobierno de Gabinete aplicado en aquellos pueblos que, como los Estados Unidos y las naciones latinoamericanas, han dado ya razón de los viejos monarcas y enviado sus predicadores a todos los extremos de la tierra para proclamar la santidad del dogma democrático.

Importa, como lo afirma Delafosse, para la democracia, renegar de sus doctrinas, de sus tradiciones y sus juramentos; el sacrificio de la soberanía directa. Importa algo más: por la adopción de formas sólo compatibles con la monarquía exige necesariamente un poder despótico con que la democracia sólo cree poder armar a las Asambleas, porque la prevención contra el gobierno unipersonal lo arrastra fatalmente por la pendiente del régimen de las convenciones.

No es el gobierno parlamentario un régimen condicionado para hacer frente a las necesidades de gobierno del Estado moderno; no es tampoco el más compatible con las democracias inquietas, nerviosas, vibrantes, faltas de ponderación y de equilibrio.

El parlamentarismo, ha escrito De Marcére, aplicado como una fórmula algebraica a casi todos los pueblos europeos, sin que los doctores en especulaciones políticas, hayan tenido cuenta de las tradiciones y de los intereses especiales de las razas, produce por todas partes efectos semejantes de desagregación, de debilitamiento del lazo social y de desperdicio de las fuerzas nacionales. Para no hablar más que de las naciones latinas, el carácter particular del mal que las trabaja, es una especie de anarquía que mina la sociedad organizada, en tanto conserva todavía una apariencia de vida y hace aún figura de civilización superior. La turbulencia y la aspereza de las ambiciones y de los apetitos, el predominio de la forma sobre el fondo; el charlatanismo y el "cabotinage;" la voluntad secreta de hacer prevalecer sistemas filosóficos bajo la apariencia de un liberalismo falseado; la sustitución de novedades sospechosas a las viejas reglas y costumbres que son el alma de las sociedades sanas y prósperas; pretensiones orgullosas afirmadas como el dogma de un derecho humano, y de invención toda humana en efecto, han de tal modo turbado y debilitado a las naciones presas del parlamentarismo que estas se sienten sin fuerzas, sin audacias hacia las amplias esperanzas y se resignan a menudo, parece, a un fin próximo.

Es el régimen de la anarquía, de la violación de las leyes orgánicas de todo trabajo, el despotismo organizado, cimentándose sobre la desagregación total de las fuerzas sociales, como aquellos monarcas impotentes que dividían para reinar.

En la bancarrota actual del régimen parlamentario la patriótica inquietud de los hombres de pensamiento, se traduce en un idéntico horror a los excesos de la Convención.

Se piensa en salvar a la democracia y el espíritu tempestuoso de Gambetta parece decir todavía su palabra vibrante como un alerta, como en la víspera de su muerte: "hay que recomenzarlo todo o la República está perdida."

Por eso, porque la responsabilidad política de los Ministros por la política general del Gobierno es la negación del gobierno mismo, inquieta que la América no abra a la general aspiración de organizar la responsabilidad en el gobierno, más horizonte que ese que se cierra en la irresponsabilidad de la Convención, precisamente cuando ha llegado la hora en que los apóstoles de la democracia deben tomar su cayado para marchar entre las muchedumbres

a enseñar los versículos de la Biblia democrática, de ese "Federalista" que enseña a los hombres que "la acumulación de todos los poderes en las mismas manos, bien sea de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, de propio nombramiento o electivas puede, con exactitud, juzgarse como la definición misma de la tiranía."

La responsabilidad ministerial es la negación de aquellas profundísimas enseñanzas. El ministerio responsable ante la Cámara afirma la anulación del Poder Ejecutivo, como órgano autónomo del gobierno.

Cuando Chateaubriand afirmaba en su "Monarchie selon la Charte" que el Parlamento no debe sufrir que los ministros establezcan en principio su independencia funcional respecto de la Cámara, negándose a concurrir a su llamado y afirmando su adhesión exclusiva al soberano; cuando reconocía a las Cámaras el derecho de pedir a los ministros cuanto quisieren y el deber de estos de responder siempre, de acudir siempre que las Cámaras así lo desearen; cuando concretaba su pensamiento político afirmando que los ministros eran los amos de la Cámara por el fondo y sus servidores por la forma, si bien traducía la apariencia del régimen parlamentario no era completamente fiel al trazar el cuadro de esas relaciones, no veía en toda su extensión ese principio de subordinación estricta que vincula el Gabinete a la Asamblea.

Puede decirse que no tenía una visión neta del sistema en acción y que no veía detrás de ese conjunto de frenos y contrapesos que caracterizan el régimen, la acción exclusiva, necesariamente única, de la Cámara popular.

Régimen de transición a la democracia, de oposición entre el principio de la soberanía popular encarnado en la Asamblea electiva y la soberanía del monarca, no puede conspirar contra el gobierno personal de los reyes para establecer el gobierno también personal del jefe del Gabinete, cuya vida política se presenta expuesta a los caprichos, a las pasiones, a los intereses no siempre estables de las mayorías parlamentarias.

Régimen de absorción, de concentración de las funciones orgánicas del Estado en el único cuerpo representativo, no es conciliable con ese concepto expresado por Chateaubriand como el más comprensivo del régimen histórico de Inglaterra en su adaptación a las monarquías constitucionales del continente.

El triunfo de los Parlamentos en las jornadas históricas contra la tiranía irresponsable de los reyes ha debido, para hacerse definitivo, para no quedar expuesto a las reabsorciones del espíritu feudal, dar a aquellos no sólo la plenitud de sus funciones legislativas, sino también la efectividad de todas las demás funciones del Gobierno.

Pero, para conservar la apariencia de las instituciones monárquicas, para transformar el equilibrio orgánico del Estado sin mutilarlo, les ha sido necesario colocar junto al monarca irresponsable elementos cuya adhesión al Parlamento tuviera como garantía su responsabilidad ante él.

Este principio de la responsabilidad política del Gabinete, lo repito, no debe considerarse como la responsabilidad inherente a toda acción libre que consagran la moral y el derecho. Tiene, en efecto, una significación menos compatible con los principios fundamentales de justicia y de moral; expresa, de una manera más precisa en su aplicación que en la doctrina, un sometimiento tanto más estrecho a la voluntad parlamentaria cuanto más intenso es el interés personal y político de conservarse en el poder.

La absorción de las funciones de gobierno por la cámara electiva es un hecho histórico ante el cual debe rendirse la más alta elocuencia de los doctrinarios. Por más que ello sea contrario a la especialización técnica de los servicios, por más opuesto que se le presente con el principio orgánico de la división de poderes, el hecho es que la influencia de las Asambleas legislativas es decisiva en

el dinamismo social, que ellas solas gobiernan supeditando al Poder Ejecutivo en sus decisiones soberanas.

Es, pues, una ilusión antiparlamentaria pretender, no solamente la independencia funcional del Gabinete, sino la acción preponderante de éste sobre la Asamblea representativa.

Se falsea el concepto mismo del gobierno de Gabinete cuando se afirma la existencia de una subordinación del Parlamento al Ministerio. Se ha visto que la función política de las Asambleas, de inspección, de tutela, de limitación necesaria, tendiente a reducir al Poder Ejecutivo a su legítimo radio de acción, es nula en los pueblos sometidos al régimen parlamentario. Pero no se ha querido ver que si tal función no existe, es porque ha sido sustituída por una más eficaz, la que se traduce en la responsabilidad política de los ministros y que no expresa otra cosa que la inexistencia del Poder Ejecutivo como función autónoma del Gobierno.

No es posible negar ese principio de subordinación ministerial a la mayoría parlamentaria sin desconocer la necesidad, vital para el Gabinete, de conservar la mayoría parlamentaria que lo ha llevado al poder, mayoría que se supone representa a la opinión pública; y sin dar al Gabinete una fuerza extraparlamentaria que, así como le permitiría contrariar las voluntades de esa mayoría, constituiría un verdadero Poder de conservación que suprimiría el mal hondo de las crisis ministeriales, expresión la más acabada del despotismo parlamentario.

No es posible desconocer que existe una apariencia de gobierno personal del Primer Ministro, sobre todo en Inglaterra en que, como lo afirma Anson, la preponderancia del personaje sobre la doctrina, el fetichismo que la nación profesa por la persona de sus grandes hombres, fundan una supuesta dictadura temporaria en provecho de un solo hombre.

Se explica por ello, la afirmación de Arzens de que "con el gobierno parlamentario, los ministros imponen sus voluntades proponiendo antes la cuestión de confianza, y la mayoría, obligada por la disciplina y el miedo de una crisis ministerial, sigue dócilmente el impulso gubernamental, cualesquiera que sean los hombres que ocupan el poder."

Esto solo puede admitirse como realidad en un caso de subversión completa del parlamentarismo. Si los ministros son, no solamente los consejeros responsables del Jefe de Estado; si son al mismo tiempo los guías, los inspiradores, los directores de la labor legislativa, cuya iniciativa monopolizan, no lo son porque en ellos radique la plenitud de las funciones necesarias del Estado, sino a título de delegación parlamentaria, como *leaders* de su mayoría y en tanto conserven la confianza de la misma.

A este título puede decirse con Esmein "que son los jefes y directores de la mayoría; que deben por consecuencia guiarla y esclarecerla y que quedan a ellos reservadas naturalmente las proposiciones más importantes."

Como una consecuencia necesaria del gobierno de partido que exige la organización de los grupos políticos en el Parlamento, mientras se mantenga el predominio de uno de éstos, el Gabinete, dentro del programa político de ese partido, llenará esa función de dirección y de iniciativa, pero una vez que sus planes políticos o sus proyectos de legislación importen un principio de deslealtad al programa de gobierno de la mayoría parlamentaria, ésta desconocerá la autoridad de sus *leaders*, negará al gobierno su apoyo y revocará a sus mandatarios para sustituirlos por servidores más fieles y que no comprometan el equilibrio establecido a su favor.

El ejercicio de la iniciativa, con carácter casi exclusivo por el Gabinete en las monarquías parlamentarias, explícase como expresión del triunfo definitivo

de la democracia que permite a las mayorías confiar ciegamente en ese "Comité de los Jefes de las dos Cámaras," según la expresión de Macaulay.

Es no un acto de abdicación del Parlamento soberano, no una renuncia de derechos conquistados en horas históricas, sino una manifestación de confianza en la lealtad política de sus *leaders*, sin perjuicio de hacer efectivas en todo momento las responsabilidades en que éstos incurrieron, manteniendo así la autoridad soberana de la Asamblea representativa.

Debe verse, por último en ello, un signo que acredita la consolidación definitiva de la democracia a pesar de las últimas resistencias del espíritu feudal.

Puede decirse, sin vacilación de ninguna clase, que si en el régimen parlamentario inglés el Gabinete queda supeditado a la voluntad de la mayoría parlamentaria, mucho mayor es la sujeción del Gabinete y más acentuado todavía el despotismo parlamentario en los países republicanos.

A juzgar por las apariencias los ministros, fuera de su carácter de intermediarios en el ejercicio por la Asamblea de las funciones de administración y de gobierno, tienen también el privilegio de la iniciativa en materia de legislación, la facultad de dirección que se supone ser de la esencia del gobierno y deciden de las votaciones con el peso de su influencia.

Pero, este aparente predominio de los ministros debe ser considerado, como lo expresa gráficamente Marcombes como el de los jefes que mandan hasta el momento en que sus tropas los abandonan.

La historia parlamentaria de Francia, salvo casos de excepción que se presentan condicionados por circunstancias especiales, permite afirmar que es vana la pretensión ministerial de ejercer la alta dirección política y legislativa del Estado.

Ha sido óbice a ello la ausencia de hombres que, como los *leaders* parlamentarios de Inglaterra, tengan la autoridad indiscutible de jefes de partido y gocen, en el ambiente político, de una relativa situación de independencia derivada de condiciones personales sobresalientes que los impongan a la consideración de los demás hombres.

La frecuencia de las crisis ministeriales es la demostración más elocuente de la absoluta falta de autoridad de los ministros sobre las mayorías anárquicas de la Cámara.

La representación parlamentaria de que están investidos, no en virtud de sus prestigios personales sino por su adhesión incondicional a la mayoría de la Cámara da base a la ilusión de un poder efectivo de dirección y disciplina que está muy lejos de constituir una realidad. Las manifestaciones de los mismos hombres llevados por las Asambleas al poder, ponen de relieve lo inconsistente de tal suposición.

El ministerio Charles Dupuy, en su declaración de 21 de noviembre de 1893, se expresa así: "Seremos los auxiliares desinteresados de vuestros trabajos. Si tenéis confianza en nuestro buen querer y en nuestra actividad sabréis decirlo. Pero si pensáis que vuestra misión sería más fácil o más fecunda con otros guías, decidlo igualmente, sin vacilación, sin retardo * * * Que vuestra voluntad se manifieste desde el principio de la legislatura: el tiempo de la Francia es precioso, no lo perdáis."

La declaración ministerial del Gabinete Bourgeois, de noviembre 4 de 1895, expresa el sometimiento absoluto de aquel Gabinete radical a la mayoría radical-socialista de la Cámara. Sus primeras palabras traducen una adhesión incondicional. "Obedecemos a la voluntad de la Cámara," decía, y para afirmar más el concepto de su sumisión necesaria al Parlamento, pedía la confianza de la Asamblea, no para vivir, sino para obrar. Menos de seis meses después el Gabinete Bourgeois caía ruidosamente falto de un apoyo eficaz en la Cámara popular.

El 13 de junio de 1898 Méline, Presidente del Consejo, indicando el programa de la legislatura, dos días antes de caer para ser sustituído por el segundo ministerio Brisson, expresaba su sometimiento a la Asamblea en esta forma: "Pronunciaos con toda vuestra independencia; decid lo que queráis y vuestra voluntad será obedecida."

En 1902 el ministerio de combate de M. Combes declarando que su política sería de lucha contra el clericalismo y el nacionalismo, no hacía otra cosa que reconocerse un instrumento de la mayoría parlamentaria a la cual se dirigía en estos términos que expresan una inevitable subordinación:

Es a esta mayoría acrecida de todos los republicanos sinceros a los cuales abre sus filas, que hacemos un llamado al principio de esta legislatura. Ella conoce nuestro programa, ha podido juzgar nuestras personas según los actos de nuestra vida parlamentaria; toca a ella decir y su palabra será obedecida, si el programa le agrada y si ella tiene confianza en el Gabinete para realizarla.

Esa supremacía de la Cámara electiva sobre todos los poderes del Gobierno se revela, en lo que concierne a las relaciones con el Gabinete, no sólo en las manifestaciones de acatamiento que traducen normalmente las declaraciones ministeriales, sino en el abandono que hacen las mayorías de sus hombres de gobierno cuando la acción de éstos les parece equívoca o creen ver claramente en ella el principio de realización de todo un programa de gobierno personal.

Ha bastado más de una vez, para robustecer las oposiciones, la sola presunción de que se meditaba por ellos una aventura. La aventura de Gambetta, dice Deschanel, era el Egipto. Se atacaba a Gambetta por el Egipto como se había atacado a Jules Ferry por Túnez.

Cuando Goblet proponía en 1894 la revisión de la Constitución para hacer de la República un régimen en que el Ejecutivo estaría subordinado al Legislativo, el cual no se contentaría con legislar sino que también dirigiría, no hacía otra cosa que pedir la traducción en una ley orgánica de los principios de gobierno que la práctica del parlamentarismo había establecido.

Replicando a Goblet, Deschanel reconocía que, en la práctica del sistema los ministros no eran más que mandatarios del Parlamento; veía en ello el sistema de la Convención que conduce directamente al gobierno personal.

Nacidos de transacciones, que son de la esencia misma de la vida parlamentaria; consagrados por ello a la más absoluta instabilidad y condenados por lo tanto, para poder mantenerse en el gobierno, a concesiones y transacciones no siempre realizadas de acuerdo con los principios más elementales de la moral política, los ministros carecen de la autoridad y del prestigio necesarios para poner un poco de orden en la acción política no siempre reflexiva de la mayoría parlamentaria y en la labor legislativa a menudo contradictoria de sus mandantes.

Sometido a atracciones múltiples, obligado a solicitaciones las más contradictorias, desvalorizado políticamente por los cambios de frente a que una política de contemplaciones, a que la necesidad de conservarse lo obliga, el Gabinete responsable ante la Cámara carece de la autoridad moral y política necesaria para ponerse al abrigo de las fluctuaciones parlamentarias e imprimir a la acción gubernamental una orientación bien definida.

Si se recuerda, por último que el Parlamento tiene un medio eficaz de dominación que es el voto del presupuesto y de las leyes de finanzas, se comprenderá fácilmente que el Gabinete, considerado desde el punto de vista de sus relaciones con el Parlamento, no es otra cosa que el fiel ejecutor de la voluntad de sus mayorías que monopolizan, no sólo las funciones legislativas, sino también las funciones necesarias de gobierno y de administración.

Pero no son éstas las únicas consecuencias deplorables de esa responsabilidad ministerial que se busca sustituir al juicio político. En la lucha inevitable por

el predominio, el Senado republicano, por lógica del sistema, verá cercenadas no sólo sus funciones políticas, sino también sus facultades legislativas frente al despotismo ilimitado de las asambleas salidas del sufragio universal. Su resistencia será siempre infructuosa. Anulado para siempre en cuanto se refiere a su actividad política verá reducido al mismo tiempo al mínimum imaginable su derecho de política iniciativa como poder colegislador.

Quien pretendiera defender su autoridad constitucional vería oponer a su concepto extraño del parlamentarismo la verdadera teoría del sistema: "el derecho especial del Senado se agota; el del pueblo y de sus representantes directos, no."

Pero el peor de los males del Senado parlamentario no es el de la efectividad de su decadencia; es la imposibilidad de ponerlo en armonía con la República; es la confesión desolada de que, con él jamás se salvará la democracia del mal que Deschanel ponía como término del poder omnipotente de un hombre o de una Cámara: la confiscación de la soberanía nacional.

No será más glorioso el destino que la fórmula que se sugiere reserva a la Presidencia de la República, esa institución ennoblecida en Estados Unidos por la sencillez patricia de los primeros gobernantes, que salvó con Lincoln la unidad nacional en los días de borrasca de la guerra civil y que ha sido y es siempre la más efectiva representación del espíritu de un gran pueblo; esa institución que en la historia de los pueblos latinos de la América se presenta originariamente como expresión necesaria de la unidad nacional, con toda la fuerza centralizadora y de dominación que exigía la iniciación convulsiva de la democracia, agitada por los caudillos.

La lógica del sistema exige que la Presidencia de la República sea un rodaje inútil en el mecanismo constitucional parlamentario; su necesaria irresponsabilidad impone, en un régimen republicano, su absoluta pasividad, porque la acción en la democracia implica responsabilidad y de admitirse ésta, el presidente, a la manera del ideado por Goblet en 1894, tendría que retirarse ante las mayorías opositoras, solidarizado en la responsabilidad con sus Ministros.

Esta solución ineludible del sistema es inconciliable con la doctrina republicana, pues la República, como lo enseña Bluntschli, pide cuentas a quien confía un puesto.

En ninguna parte, en pueblo alguno de instituciones republicanas bien definidas, viviendo la vida intensa de la democracia, se encontrará esta excepción, que hace de un funcionario temporario y electivo un ser de privilegio, tan irresponsable como un Monarca aunque más inútil que éste. Sólo puede admitirse sin esfuerzo como un privilegio real en pueblos en que el avance de la democracia ha despojado al Soberano de sus prerrogativas esenciales, dejándole tan sólo el ejercicio de sus "funciones de majestad," pero repugna a la República que tiene una sólida base necesaria en la responsabilidad de todos sus agentes. Si la Constitución Francesa de 1875 establece el principio de la irresponsabilidad presidencial, debe verse en ello la acción del elemento monárquico de la Asamblea que se complacía con el recuerdo y con la posibilidad de las restauraciones. Debe admitirse también, por más que repugne a la más sana doctrina republicana, que a ello se vieron obligados los republicanos de la misma Asamblea, por las circunstancias que rodearon la aprobación de las leyes orgánicas. Y, es preciso, por último, reconocer que la irresponsabilidad era necesitada por la adopción del régimen parlamentario. Henry Martin decía que repugna al carácter francés separar la acción de la responsabilidad. Establecida ésta para los ministros, aquélla quedaba íntegramente en su poder; negada la primera al Presidente, la segunda sería una injusticia.

Establecer la responsabilidad presidencial por los hechos sometidos a responsabilidad, de los ministros, sería caer en la más grave instabilidad gubernamental. Sería caer en el sistema preconizado por Grévy en 1848 y puesto en práctica en 1848 y en 1871 cuando la presidencia de Thiers estaba a merced de un voto contrario del Parlamento. Sería, dice Arzens, agravar todavía los defectos del régimen parlamentario que tienen ya la pesada responsabilidad de las crisis ministeriales demasiado frecuentes.

Pero la doctrina constitucional no puede admitir esa irresponsabilidad, porque así como no puede concebir el absurdo ético-jurídico de la ausencia de limitaciones necesarias a la libre actividad de sus agentes, la ausencia de sanción para todas las transgresiones, tampoco concibe un órgano sin función, como el presidente parlamentario.

"La libertad política," expresa Esmein, "parece implicar necesariamente la responsabilidad del Poder Ejecutivo. En el Estado Constitucional, en efecto, es este poder que debe asegurar la ejecución de las leyes. ¿No puede pretender violarlas o libertarse de ellas? Además decide los actos que la ley no podría reglamentar de antemano. ¿No es de temer que el ejercicio de esta autoridad arbitraria se haga abusivo?"

Respóndese que la responsabilidad política de los ministros cubre la irresponsabilidad del Jefe de Estado, que ello basta a las exigencias de la democracia, porque es con aquéllos y no con éste que tienen que ver las Asambleas, llevando la consecuencia doctrinaria para con el régimen a admitir que la función del Poder Ejecutivo pertenece al Gabinete y que el Presidente no puede ejercer más que una influencia y no un poder, una autoridad moral más que política.

Pero esa influencia ¿en virtud de qué la ejerce el Presidente de la República? Si su existencia no es más que una manifestación indirecta de la soberanía popular ¿Cómo admitir que el electorado dé sólo una influencia y no una función a un órgano principalísimo del mecanismo institucional?

"Esto no es una cuestión de derecho sino una cuestión de hecho," dice Duguit. "El Presidente puede, por su autoridad personal, por el prestigio que se une a sus funciones, por la confianza que inspira, ejercer una influencia efectiva y feliz en la política del país, y particularmente en la extranjera. Hay en ello, concluye, una cuestión de tacto y de mesura y no se puede formular ninguna regla."

Si efectivamente, en derecho y en el hecho, el Presidente de la República desempeña una función ejecutiva, no podría dudarse de que podría llegar a ejercer una influencia efectiva sobre la política del país. Pero no siendo así, nos queda sólo un Presidente tan inútil como irresponsable y un régimen convencional enmascarado. Queda siempre en pie la interrogación histórica de Benjamín Constant: ¿Cuál es la utilidad de este poder superior al Ministerio?

Para alguno, los constituyentes de 1875 no han imaginado su Presidente irresponsable, intangible y neutro más que para asimilarlo a la institución real de Inglaterra, la más augusta y nacional de las funciones, olvidando que si el inglés la ha consagrado un culto y ha creado una palabra "loyalty" para calificarlo, es palabra no tiene equivalente en lengua latina, ni puede tenerlo porque "en una democracia sin respeto, sin amor y sin fe, no se sabría verdaderamente a quien aplicarla."

¿Cómo, pues, la Asamblea de 1875 llegó a establecer la irresponsabilidad presidencial, contrariando abiertamente la doctrina constitucional?

En el proyecto presentado en mayo 19 de 1873 por Dufaure en nombre del gobierno, se reconocía que, entre los puntos indiscutibles de la organización del Ejecutivo estaba la responsabilidad real del Presidente (véase artículo 14 del proyecto). En enero 21 de 1875, con la aprobación ruidosa de la izquierda, M.

Lenoël manifestaba que la irresponsabilidad era contraria al principio republicano. " Lo que se propone, decía, el miembro informante, es hacer una Monarquía temporaria, que excluya a las otras Monarquías temporariamente y a la República a perpetuidad. * * * Son (la irresponsabilidad y el derecho de disolución) inherentes a la Monarquía, tanto y tan bien que no se les comprende fuera de un régimen manárquico."

De Broglie y Prévost Paradol se expresaban del mismo modo y afirmaban que constituía esa irresponsabilidad la pendiente hacia la dictadura. ¿Por qué, entonces, si los pensadores más ilustres de aquella Asamblea rechazaban como absurda y peligrosa la irresponsabilidad presidencial, fué ella votada por la mayoría? Algunos fundamentos han sido ya expresados. Pero la aceptación por el elemento republicano de esa superfetación monárquica en régimen democrático fué impuesta por razones políticas de momento. Se votó "porque era el medio de poner el poder del Mariscal al abrigo de todo ataque de las Asambleas futuras, que él debía vigilar y dispersar en caso necesario." M. de Ventavon lo ha dicho expresamente: " Era la condición indispensable de la duración de sus poderes (sesión del 21 de enero de 1875), de estos poderes de que depende la salvación del país y que el Mariscal no dejará jamás a manos enemigas."

Pero esa situación especial en que se pretendió colocar al Mariscal fué obtenida mediante el sacrificio efectivo de sus poderes constitucionales.

La república parlamentaria despoja al Presidente de la República de sus funciones ejecutivas, únicas que pueden y deben concedérsele en el régimen republicano, ya que en el poder real es una institución anacrónica. Para qué? Para hacerlo irresponsable y colocarlo por encima de los partidos.

Si se ha logrado realizar ese ideal nos lo dirá M. León Duguit. Después de plantear la interrogación dice: " No lo tenemos. Sobre seis presidentes que se han sucedido en el poder desde 1875, tres han sido obligados a retirarse, sea ante un voto expreso del Parlamento, sea ante una hostilidad evidente, bien que no se tradujese en un voto formal. ¿Se puede hablar después de esto de la irresponsabilidad presidencial? De un Jefe de Estado imprimiendo impulso a la política general de su Ministerio? Nadie osaría sostener que ninguno de nuestros presidentes sucesivos haya desempeñado esa función * * * ninguno ha ensayado constituir un ministerio homogéneo, es decir, compuesto de hombres que se inspiran en una dirección política común, conforme a las vistas del Jefe del Estado que los nombraba y todos nuestros presidentes se han dedicado sobre todo a hacer en cada Ministerio un hábil dosaje de las opiniones políticas para tentar asegurar al nuevo gabinete una existencia efímera de algunos meses o a lo más de dos años."

Con todo, reducido el Presidente de la República a la más absurda pasividad, no deja de caer bajo el cuchillo de un Caserío como Carnot o es el blanco de las procacidades de los partidos en violencia.

Cuando Madame De Girardin resumía la tesis de Thiers sobre la función del monarca constitucional diciendo: "A vosotros los asesinos, a nosotros el poder," no hacía más que poner bien de relieve cuan innocua y al mismo tiempo cuan llena de desazones y de inquietudes es la vida de un Presidente parlamentario.

Después de lo expuesto, hay que confesar con Deschanel que en la ciencia constitucional, como en mecánica, un rodaje que no tiene objeto no sólo es inútil, sino que es un obstáculo. Tal ocurre con la institución del Jefe de Estado parlamentario que, con su perfecta inutilidad, es un obstáculo a la manifestación sincera del gobierno convencional, del despotismo de las asambleas que se oculta tras la máscara de un supuesto sistema de equilibrios.

Es un axioma de la ciencia constitucional enseñada por Hamilton en el " Federalista " que los elementos que constituyen la energía en el Ejecutivo

son: unidad, duración, disposiciones adecuadas para su sostén, atribuciones competentes. Los elementos que constituyen la seguridad, son la dependencia debida del pueblo, la debida responsabilidad.

Concíbese la falta de alguno de estos elementos necesarios a la actividad funcional del Ejecutivo en las monarquías parlamentarias, en que los progresos de la democracia van sustituyendo la soberanía popular a la soberanía del monarca, despojando a éste de sus facultades ejecutivas, pero dejándolo, en lo posible, como una enorme fuerza moral que da la conciencia de la duración y de la fuerza, de algo que queda y se realiza siempre entre los elementos de variedad y de cambio que la vida contiene, según el decir de Jellinek, para que se pueda concebir como posible una política científica, enseñándonos cuales son las condiciones políticas más conformes a la razón.

La misma denominación del sistema político que implica la violación del principio constitucional de la separación necesaria de los poderes, nos lo presenta como una forma incompatible, no sólo con la verdadera monarquía constitucional, en que la Corona es, como en el período inicial de la historia política de Italia, garantía de estabilidad en el poder y de continuidad en la acción, manteniendo la unidad de la historia, sino también con la república, que importa el imperio exclusivo de la democracia, la efectividad de la soberanía popular a la que no puede inquietar la sombra del imperio ni los ensueños restauradores de los retardatarios.

La especialización funcional es en ella condición necesaria de vida.

La " República " dice Bathbie " debe tener otras doctrinas y otras costumbres que la monarquía o si no ella ofrecería sus inconvenientes sin sus ventajas, tendría sus defectos sin su brillo y caería en los mismos abusos sin darnos la misma seguridad." Bien está que el monarca parlamentario acepte el imperio de la democracia y acate la voluntad de las mayorías parlamentarias, por más que se cree una situación que no responda a ningún concepto racional del gobierno y que importe, en realidad, un sometimiento de hecho al despotismo de la asamblea popular que, lentamente ha de ir apartándolo de la función ejecutiva, para entregar ésta a lo que ella supone representación genuina de la soberanía popular.

Pero es absurdo, y fuera una monstruosidad constitucional en labios de un Jefe de Estado republicano, que considera necesarias para condicionar la acción del Ejecutivo estabilidad y autoridad suficientes, la confesión de que el magistrado encargado del Poder Ejecutivo no es más que el delegado de la Asamblea, en que reside la sola autoridad verdadera y que es la expresión viviente de la ley.

No es como lo pretende Moreau, que esto importe un falseamiento del régimen parlamentario y que ello sea debido a timidez y debilidad de los presidentes que se han sucedido en el poder. Es de la esencia misma del régimen parlamentario, que no permite concebir un Jefe de Estado con derechos políticos efectivos, un monarca fuerte frente a la soberanía convencional absorbente y que transplantado a la República no consienta, frente al jacobinismo de la Asamblea, más que un personaje electivo llenando sólo funciones de majestad.

Pero si el argumento de Moreau fuera exacto, la réplica de Duguit, involucraría un mayor grado de certidumbre: " Probaría precisamente que las instituciones son malas, puesto que después de treinta y un años no nos dan más que presidentes sin fuerza y sin valor. Las instituciones políticas, ¿nó son hechas para proteger a los hombres contra su propia debilidad y a los gobernados contra la de sus gobernantes? "

El concepto de república parlamentaria encierra una antinomia irreducible. Como concepto de república importa la necesidad de un Poder Ejecutivo, uno y fuerte con acción propia, no subordinado y armado de facultades que le per-

mitan defender sus prerrogativas contra la demagogia de las asambleas; como concepto de parlamentarismo quiere un titular del Poder Ejecutivo, hijo de los partidos, y tránsfuga de los partidos, elegido de una Asamblea para abandonar a ésta la integridad de sus funciones de gobierno, director espiritual de la acción de sus gabinetes, pero irresponsable por incapacidad.

De ahí la innocuidad de las tentativas para hacer del presidente parlamentario el titular efectivo del Poder Ejecutivo y la inutilidad de las teorías que quieren reaccionar, dentro del parlamentarismo, contra su necesaria organización actual. Se desconoce en ellas la lógica del sistema que exige que el Presidente de la República sea solamente lo que es.

Dice mal Bénoist cuando afirma que la causa de las causas del mal está en el sufragio universal inorgánico y que es menester cortar el efecto organizando el sufragio universal para poner al Parlamento fuera de estado de obstar y en estado de servir, para dar fuerza y vida al Ejecutivo, dando al Presidente en poderes positivos lo que puede faltarle en poderes imponentes, lo que la simplicidad republicana quita al Jefe de Estado en majestad; para que el Ejecutivo retome al Legislativo lo que el Legislativo le ha indebida e irregularmente quitado.

Y dice mal, porque para rehacer entre ellos la distinción y separación para colocar fuera del Legislativo el fundamento y origen mismo del Ejecutivo, hay que renunciar al parlamentarismo y adoptar la forma representativa de gobierno si no se quiere salir de la tiranía de las Cámaras para caer en el despotismo cesáreo.

Dice mal Delafosse cuando establece sólo dos condiciones esenciales a la emancipación del Poder Ejecutivo: "La elección por el país y no por el Parlamento y la irresponsabilidad ministerial ante las Cámaras, por que este híbrido de parlamentarismo y de república representativa no puede llevar, por la irresponsabilidad presidencial, más que al Imperio."

Se equivocan también los que, ilusionados por el poder fuerte del 48 quieren remediar la impotencia presidencial haciendo del Presidente un elegido del sufragio universal y directo, tal come existe, o mediante la extensión del sufragio electoral, pero manteniendo la responsabilidad ministerial.

Para hacer del Presidente de la República una fuerza, no rival, sino concurrente con la fuerza de las Asambleas en la gestión política del Estado; para que no sea servidor del Parlamento, para que sea Presidente a la manera de Washington, de Adams, de Jefferson, de Lincoln, de Cleveland, aún del mismo Arthur, "su excelencia superflua," no bastan los sistemas propuestos, porque su tipo presidencial es incompatible con el régimen parlamentario.

"El lugar de la reyecía," dice Blackstone, "debe ser elevado y solitario. Como la reyecía inglesa no tiene más que funciones latentes, llena esta condición. Está ordinariamente oculta como un misterio; a menudo atrae los ojos como un gran espectáculo; jamás parece luchar."

Este es el misterio que oculta la Presidencia parlamentaria, pero ésta, contrariamente a la reyecía, jamás se presentará a la vista como un soberbio espectáculo, porque le falta tradición y porque el misterio de su incapacidad ha sido revelado. En efecto, para dar razón a los que dicen que la envidia es la virtud de las democracias; para dar razón a los que afirman que la superioridad ya sea moral, ya intelectual, choca, a los partidarios de una democracia niveladora, la república parlamentaria francesa ofrece el ejemplo repetido lamentablemente en los primeros treinta y cinco años de existencia de la tercera república, el tipo de la más correcta inutilidad presidencial, apta sólo para las funciones de majestad, en tanto la mayoría que la impone entrega la efectividad de la función ejecutiva a personalidades de alta intelectualidad como Gambetta,

de voluntad irreducible como Ferry o de enorme y compleja capacidad de acción como Waldeck Rousseau.

Sea, como lo afirma Laboulaye, que, para ser aceptado por todos, no debe arrojar sombras sobre nadie, lo que eliminaría a los hombres de representación que han siempre lesionado a cierto número de personas, por lo menos a aquellos que poseen esa virtud republicana que se llama la envidia; sea como lo afirma Dupriez que el Presidente no tiene otra superioridad sobre los ministros que la feliz contingencia de su elección, lo que le vale sin duda más envidia que respeto, lo cual justificaría el concepto de que es una necesidad del régimen parlamentario la perfecta incapacidad presidencial para el mejor cumplimiento de las funciones ministeriales, es lo cierto, y la historia política de la república parlamentaria lo revela, que la realidad de esa nulidad da, por lo menos, la apariencia de una certidumbre indiscutible, a la afirmación de Bourdeaux de que toda superioridad se presenta como una ofensa a la igualdad.

La institución presidencial pues, dentro del régimen parlamentario es, en el cuadro de las instituciones un rodaje olvidado de la vieja monarquía.

El avance de la demagogia lo ha anulado completamente y la historia consagra la verdad de la frase de Deschanel, quien se pregunta si es gobierno un Director fácilmente revocable y si no es cierto que se cae en el Bajo Imperio sin la institución presidencial y sin el Senado.

Así, si por la supresión de las funciones ejecutivas del monarca, la monarquía parlamentaria es un estado de transición, previo a la república, la anulación del Presidente en ésta, lleva forzosamente al despotismo de las asambleas electivas, a la tiranía convencional.

¿Puede ser ésta la solución gubernamental para la América que ve en peligro el legado histórico del Congreso de Filadelfia, la fórmula mágica de la libertad, fijada irrevocablemente en la primera de las Asambleas libres realizadas para afirmar, frente al derecho de la Europa, como victoria del espíritu nuevo, el dogma representativo americano?

No en la enajenación de la soberanía sino en la organización de la responsabilidad debe buscarse el término de las inquietudes democráticas de la América. La sugestión propuesta conduce a lo primero.

¿Será inconciliable la segunda con el régimen representativo?

¿Será necesario a la conservación de éste la existencia de sólo tres poderes de gobierno sin atención a la diversificación de sus funciones y tanto más irresponsables y temibles cuanto mayor sea la fuerza que en ellos pone, en su ineludible desenvolvimiento, el Estado moderno?

II. Autonomía del Poder Administrador.—Institución del Consejo de Estado.

Al discutirse en la Convención de Filadelfia las nuevas bases de la unidad nacional, que hacía crisis bajo el régimen de los Artículos de Confederación, fué propuesta, para integrar el Poder Ejecutivo, la creación de un Consejo de Estado.

La nueva fórmula no prosperó. El Consejo de Estado, era esencialmente, un Consejo Privado, sin otra función que la de asesoramiento al Presidente de la República, en los casos en que fuere requerido por él y sin poder constitucional para imponer al Jefe de Estado las conclusiones adoptadas.

Institución no representativa, sin otra autoridad que la que le dieran los prestigios personales de sus miembros, temida porque de su seno había surgido en la metrópoli el órgano de la soberanía parlamentaria, fué repudiada por la Convención que, manteniendo la fórmula histórica de los tres poderes, consagrada ya en las constituciones de los Estados, no creyó conveniente complicar el

nuevo régimen con la adopción de un sistema que habría de conducir, fatalmente, a funestas transformaciones de la Constitución Nacional.

No era ese Consejo ni el Privy Council del Delaware, ni el Consejo Ejecutivo de New Hampshire, New York, Carolina del Sud y Georgia que, aunque representativos, sólo llenan en el gobierno de los Estados las funciones de vigilancia y control de la acción ejecutiva que el Congreso de Filadelfia puso en manos del Senado federal, el que, por ello mismo, llaman corrientemente los escritores americanos, el Consejo Ejecutivo del Presidente.

Tampoco podía ser ese Consejo, dentro de un régimen de soberanía de Estados y de poderes federales limitados, expresión de una necesidad histórica de reducción de la prerrogativa del Presidente mediante la segregación de funciones no ejecutivas sino de administración que pudieran cometerse a un nuevo y hasta entonces ni aún vagamente concebido poder de gobierno.

No lo concibieron, tampoco en ese carácter los constituyentes que lo incrustaron en algunas constituciones de la América latina en los días azarosos de la revolución cuando buscaban defender con fórmulas institucionales la estabilidad de las nuevas repúblicas comprometida por los caudillos que surgieron a la sombra del coloniaje, fundaron las nacionalidades y ensayaron luego, con éxito vario, fundar hegemonías bárbaras.

Chile lo establece en sus constituciones de 1823, de 1833, y de 1874. Pero en tanto la de 1823 impone, con carácter necesario, su asentimiento a toda iniciativa de legislación por parte del Poder Ejecutivo y le da voz consultiva en el nombramiento de Ministros de Estado y derecho de moción para destitución así como obliga a su consulta en los presupuestos de gastos y en todo negocio de gravedad dándole la apariencia de un poder moderador, anulada, por la forma de institución y por la facultad discrecional del Director Supremo de retirar o subrogar a los Consejeros, la de 1833, reproduciendo casi íntegramente la formula presentada el 12 de mayo de 1832 por el Senador Don Mariano Egaña, asegura igual discrecionalidad al Gobierno personal del Presidente de la República que puede remover a su voluntad a los Consejeros, que goza de más amplitud para integrar ese cuerpo con elementos que le sean adictos dadas las calidades que se requieren para formar parte de él.

Podía, en esas condiciones, la nueva carta constitucional, extender su esfera de acción, su colaboración—preceptiva o facultativa—en las funciones del Poder Ejecutivo sin por ello asegurar otra cosa para el porvenir que la extensión de la irresponsabilidad de los gobernantes y el quebrantamiento, en beneficio del Ejecutivo, del buscado equilibrio constitucional por la atribución al Consejo de Estado de lo contencioso administrativo, por su transformación ocasional en Tribunal de Conflictos, lo que implicaba la anulación del Poder Judicial, y por los poderosos medios de corrupción política y de dominación personal que ese mismo Consejo, instrumento del Presidente, ponía en manos de éste al oponerse al enjuiciamiento criminal de Intendentes y Gobernadores de plaza o Departamento.

La Constitución de 1874 elimina del Consejo de Estado a los Ministros del despacho, reduce a uno el número de los que hayan servido en ese carácter y suprime en absoluto a los que hubieren sido Intendentes o Gobernadores, integrando al mismo tiempo el Cuerpo con representaciones de tres miembros designados por la Cámara de Diputados y de otros tres por el Senado. Opone así seis miembros impuestos por el Parlamento a los cinco restantes de designación presidencial.

Extiende su competencia constitucional haciendo necesario su acuerdo para declarar en estado de Asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera. Pero con todo y no obstante la seguridad de cons-

tituir una mayoría contraria a los propósitos personales del Jefe de Estado, el Consejo en tal forma organizado no llena función útil del punto de vista del equilibrio gubernamental, en parte por ser facultativo del Presidente su dictamen en la mayor parte de los casos y en parte también por la atribución de funciones jurisdiccionales en perjuicio de la autoridad constitucional del Poder Judicial.

Carrasco Albano, juzgando esta institución en sus "Comentarios sobre la Constitución política de 1833," escribe lo siguiente:

El Consejo de Estado no puede clasificarse en ninguno de los altos poderes nacionales; debe considerarse más propiamente como uno de los rodajes con que se ha querido facilitar la marcha del Ejecutivo. Siendo tan grande la suma de poderes acumulados en el Presidente de la República, se juzgó necesario un cuerpo de hombres ilustrados en todos los ramos de la Administración que lo aconsejen o que lo instruyan. Se ha creído además que un cuerpo como el Consejo de Estado, unido al Jefe del Ejecutivo, limita su responsabilidad cuando le presta su acuerdo, traba la rapidez de su marcha cuando ese acuerdo es necesario y debilita la unidad que debe caracterizar a ese poder. Por lo demás entre nosotros tal institución es una consecuencia necesaria de la inmensidad de facultades que nuestra Constitución atribuye al Ejecutivo, a quien ilustra en todas las materias, cuya autoridad moral refuerza y a quien, en cierto modo, tal vez puede servir de contrapeso.

Luego de estudiar su composición agrega:

Tal es la organización de ese cuerpo que teórica y generalmente hablando, es condenada por el derecho público como una institución postiza e innecesaria, trasladada sin gran necesidad de las constituciones monárquicas a una república, cuyas funciones privativas debieran devolverse a los poderes a cuya competencia se han arrebatado y cuyas atribuciones consultivas podrían bien ser reemplazadas por los Secretarios de Estado o las personas especiales cuyo voto podría escuchar privadamente el Presidente.

No obstante rechazar estas opiniones en su adhesión a la teoría política que busca limitar las atribuciones del Jefe de Estado, su claro criterio le lleva, luega de hacer el análisis de las atribuciones constitucionales de ese Cuerpo, a la misma solución que repudia, concretando en estos términos definitivos la doctrina que ha impuesto con sus enseñanzas a la América:

Tales son las atribuciones que la Constitución confiere a este Cuerpo que la ciencia no sabe clasificar, que contraría a las instituciones republicanas, a las cuales no ha sido aplicado sino entre nosotros. Hemos recorrido una a una estas atribuciones y no menos hallado ninguna que justifique su existencia; sino que, por el contrario, todas son unsurpatorias sobre los poderes nacionales, o inútiles o perniciosos. Ojalá llegue el día en que esa institución perezca en la República, para no revivir sino en la tiranía y centralización monárquica en que tuvo nacimiento.

Huneeus comparte este criterio considerando que la institución es, más que inútil, perjudicial dado que su único objeto, si lo tiene—tales son sus propios términos—es colocar en dicho cuerpo las cuestiones de competencia entre las autoridades judiciales y las administrativas.

La Constitución de Bolivia de 1871, reformando la de 1861, instituye también un Consejo de Estado compuesto de nueve diputados elegidos por la Cámara única y con funciones legislativas, de administración y jurisdiccionales. Más que Consejo de Estado constituye una delegación permanente de la Asamblea que tiene al mismo tiempo carácter de Senado, Comisión Permanente, Tribunal de Conflictos y de lo contencioso. No es, la historia así lo acredita, una limitación a los poderes discrecionales del Poder Ejecutivo.

Bajo el nombre de Consejo de Gobierno la Constitución ecuatoriana de 1861 organizó un cuerpo que, además de dictaminar ante el Poder Ejecutivo en todos los casos que determinen la Constitución y las leyes tiene, como facultades privativas, las de conceder o negar, bajo su responsabilidad, al Ejecutivo las facul-

tades extraordinarias y retirarlas una vez cesado el peligro; preparar los proyectos de ley que entienda debe presentar el Poder Ejecutivo al Congreso, admitir y preparar para el mismo los recursos de queja que se interpongan contra la Suprema Corte o sus Ministros.

Fuera de que las funciones que le son cometidas por la Constitución no justifican, por su naturaleza, la existencia de este cuerpo él tiene además el vicio orgánico de su constitución, dado que lo integran el vicepresidente de la República, los tres Ministros de Estado, un vocal de la Corte Suprema, un eclesiástico, un propietario, nombrados, estos últimos, que constituirían el núcleo de resistencia, por el Congreso, número insuficiente frente al peligro del ejercicio por los gobernantes de los poderes dictatoriales que comprenden las facultades extraordinarias.

La Constitución de 1878 sustituyó la fórmula de composición del Consejo de Estado pero con todo su institución no responde a la necesidad orgánica de dividir poderes excesivos en consideración a la naturaleza diversa de las funciones puestas en manos del Presidente de la República.

La Constitución de Cúcuta de 1821 creó un Consejo de Gobierno pero las condiciones de institución y la naturaleza de sus cometidos lo hacían inútil como órgano destinado a reducir la arbitrariedad gubernamental: Samper (Derecho Público Interno de Colombia), concretando las aspiraciones constitucionales del partido liberal en 1827 lo defiende como entidad respetabilísima y fecunda; vivió treinta días el Consejo creado por decreto de 1828 ahogado por la dictadura de Bolívar; lo restablece la constitución de 1830 y lo confirma con mayor amplitud la constitución granadina de 1832 que lo trasformó en comisión legislativa permanente que sólo vivió hasta 1843 en que la reacción conservadora lo suprimió como institución superflua y embarazosa del gobierno.

El Consejo de Estado, no es, pues, un resorte desconocido en el sistema gubernamental de la América y acaso sea útil generalizarlo con carácter representativo para el ejercicio, como poder de gobierno, de las funciones de poder administrador que son hoy de la competencia privativa del Jefe de Estado.

La integración con un nuevo poder del equilibrio gubernamental en los países de América permitirá realizar mediante una racional distribución de las funciones de gobierno, ese viejo ideal de la separación de poderes, acaso jamás realizado y que es, sin embargo el credo político de los americanos.

Nuestro error histórico ha consistido en esperar que los excesivos poderes necesarios del Ejecutivo dentro de la fórmula tripartita tradicional podrían ser suficientemente controlados y limitados por el parlamento. La historia política, sin embargo, ha demostrado cruelmente lo contrario. Hemos sido simplistas en la formulación de nuestro derecho público olvidando la enseñanza histórica a la que dió forma axiomática Laveleye en su admirable estudio, "Les formes de gouvernement" diciendo: "Cuanto más simple es un régimen político más se acerca al absolutismo; por el contrario da tantas más garantías a la libertad cuanto más complicado es." Las Asambleas no han sido obstáculo invencible a la consolidación de los gobiernos personales que han afrentado a la América ni la ley es, en el mejor de los casos, el instrumento eficaz de anulación del poder discrecional de los gobernantes.

Los Parlamentos que resistieron, fueron, en la generalidad de los casos, reducidos a silencio cuando no atraídos por la corrupción para decorar un régimen de subversión y la ley violada cuando ha contrariado los intereses políticos del absolutismo presidencial.

Combatiendo una verdadera superstición política el ilustre americano L. S. Rowe ha escrito estas líneas: "Para todos los males, sea cual fuere su

naturaleza, recurrimos a la Colección Legislativa. Existe la creencia muy extendida por todo el país, según la cual todo abuso tiene su remedio legislativo. Tal creencia en el poder moralizador de la ley, entraña una de las influencias más engañosas, a la par que más corruptoras, de nuestra vida pública. Nos conduce a añadir leyes inaplicables a las Colecciones legislativas, y el desprecio de estas leyes llega al fin a ser un instrumento de concusión y corrupción."

No de la ley, sujeto en su formulación y en su aplicación a reservas y deformaciones tanto más graves cuanto menor, en intensidad y difusión, es la cultura política del país; tampoco de la sola efectividad de las responsabilidades constitucionales, garantizada por la fórmula que defiendo en este mismo informe, ha de surgir para la América republicana la era soñada del equilibrio democrático que garantice, por el juego regular de las instituciones, el amplio ejercicio de las actividades cívicas que dé a aquellos verdadero carácter representativo.

El mal mayor, acaso todo el mal, del gobierno de la América está en la acumulación necesaria, en el Poder Ejecutivo, de funciones diversas, vastísimas, de naturaleza múltiple, que llevan, inevitablemente, la influencia de su acción personal a todos los órdenes de actividades y a todos los rincones de la tierra, que aseguran, contra la primacía jurídica de los Parlamentos la primacía política de los Presidentes.

¿Es ese un mal necesario? ¿Los hay, acaso, orgánicos en el gobierno de la República? ¿Es, o ha sido, en alguna época de la historia, condición de vida para los pueblos la adhesión a fórmulas de organización política aún cuando esas fórmulas dejen de corresponder a las necesidades del país?

Nó; un estado social nuevo, un nuevo equilibrio de intereses morales, políticos, económicos, una nueva ley orgánica de acción colectiva exigen, imperativamente, una redistribución de las funciones de gobierno en forma que responda a esas nuevas y siempre más complejas formas sociales.

Tal es la ley histórica de los sistemas de gobierno. Todos los poderes han ido surgiendo del despotismo inicial para combatirlo y reducirlo. No han sido, diré repitiendo a Jellinek, consideraciones de arte, consideraciones de belleza, sino consideraciones de utilidad política las que han determinado siempre el orden real del Estado; la especialización de las funciones y de los órganos y su separación y equilibrio no responden sino a asegurar una organización de derecho público que dé garantías a la libertad civil y política. Y toda vez que esa distinción de competencia ha sido insuficiente para asegurar el orden en el Estado por no responder ya a las condiciones generales que la determinan, como norma esencial de su derecho público, los pueblos han impuesto como regla política nuevas simplificaciones de los poderes fuertes consagrando la autonomía de los órganos que ponen en ejercicio funciones que llegan a un alto grado de diferenciación.

Y del mismo modo que para consagrar la efectiva soberanía de los pueblos se dislocó la vieja prerrogativa del monarca y los órganos de su voluntad soberana se transformaron en poderes representativos, los órganos del gobierno popular deberán desprenderse de algunas de sus competencias cuando el crecimiento de su actividad gubernativa comprometa la estabilidad de un régimen que sólo puede conservarse a condición de que no sea quebrantado el equilibrio gubernamental porque en él está la garantía suprema de la libertad.

La fórmula histórica de la separación de poderes, orgánica del gobierno representativo, que han consagrado todas las constituciones americanas, ha contribuido a detener las consecuencias políticas del enorme desequilibrio operado en beneficio del Poder Ejecutivo, que retiene todavía, de la histórica

prerrogativa del monarca, y una vez que le fueron arrancadas la función legislativa y la función jurisdiccional la suma de poderes que la integraban.

Ha podido afirmar, con toda justicia, el profesor Duguit, respondiendo a la interrogación de cómo con los poderes muy extensos que pertenecen al presidente en derecho y en hecho no se ha llegado a una verdadera dictadura, que parece a primera vista que es con ayuda de la separación de poderes que se ha logrado a la vez asegurar el poder efectivo del presidente y evitar esa dictadura.

Pero el Ejecutivo crece, sus funciones se extienden, sus competencias se diversifican, su acción se hace proteiforme y, ante el peligro de las tiranías, frente a la amenaza de regresión a las formas personales de los gobiernos de la primera hora, de la extensión de sus poderes discrecionales, es oportuno buscar no el desplazamiento de esos mismos poderes sin responsabilidad efectiva, sino la organización de esa responsabilidad política por la división del órgano y de las competencias.

Sólo así se realizará, sin sacrificar la autonomía constitucional de cada poder, ese nuevo equilibrio que se afirma como una aspiración de la América nueva.

Las teorías políticas no repudian esa solución histórica. El Poder Ejecutivo jamás ha sido concebido como el órgano simple de una función esencialmente una en medio de la diversidad de sus formas.

En un nutrido capítulo sobre las funciones del Estado, en su obra "L'État moderne et son droit," Jellinek recuerda que Höpfer menciona entre otros derechos de majestad, y al lado del poder legislativo y del poder ejecutivo, el poder económico y el poder de policía; que Gönner, junto al poder reglamentario y al poder judicial, admite toda una serie entre los que recuerda el ejecutivo, el penal, el militar, el financiero; Leist, agrega, "busca utilizar para su clasificación de las funciones políticas la oposición que establecen las teorías francesas entre las diversas ramas de la administración consideradas como derechos particulares del gobierno y el poder legislativo y el ejecutivo designados como derechos generales del mismo."

Gneist defiende la concepción nueva de tribunales administrativos con facultad de intervenir no ya en las puras cuestiones de derecho sino también en las de oportunidad y buena administración, lo que acaso singularizaría en el nuevo derecho público con el nombre de poder administrador.

Del mismo modo que Jellinek no ve, como acaso no ocurre sino lo mismo en la teoría constitucional francesa, signo distintivo material que separa netamente la justicia de la administración y afirma que no la hay, que no puede haberla, que ésta oposición de categorías formales se ha desenvuelto sola en el curso de la historia, la historia puede imponer la diversificación de esas categorías tradicionales cuando ya se hace posible distinguir entre las competencias originarias de cualquiera de ellas y se mencionan junto a los *formelle Hoheitsrechten* nuevos derechos de soberanía en estado perfecto de definición que integran, sin embargo, todavía, la competencia constitucional de otro poder.

La teoría política francesa no es distinta en esencia. Y si bajo un régimen de absolutismo surgió, como lo recuerda Tocqueville en páginas admirables de su estudio sobre el antiguo régimen y la revolución, la justicia administrativa como un instrumento de dominación política, hoy puede concebirse en Francia un Consejo de Estado devolviendo a los jueces la porción usurpada de su poder jurisdiccional y conservando, sin embargo, una porción importante y distinta de las funciones de gobierno.

Henrion de Pansey distinguía ramas distintas del Poder Ejecutivo; Chauveau Adolphe lo dividía en Poder Ejecutivo puro y administración activa, gobierno

y administración, aun cuando expresa no dar importancia decisiva a esta división doctrinal, que aun hoy se cree de sentido impreciso y flotante, y que es posible, sin inconveniente grave confundir unas atribuciones con otras.

Foucart separa teóricamente la autoridad administrativa de la gubernamental y Michoud admite con el mismo carácter esa separación: Hauriou, que manifiesta ser el Gobierno, en el sentido jurídico de la palabra, un aspecto nuevo del Poder Ejecutivo, se inclina a la solución de un tribunal supremo reemplazando, en el término máximo de la jerarquía, a la suprema autoridad administrativa, fórmula acaso más vasta que la que defiende Bouchard al repudiar lo contencioso administrativo por determinación de la ley y reservar a la jurisdicción administrativa sólo el examen de los actos de la autoridad que, en su ausencia, caerían bajo la apreciación "sospechosa de parcialidad y a menudo superficial, de los recursos jerárquicos."

Idénticas distinciones se formulan desde las cátedras americanas. Y así se admite que si el poder reglamentario del Presidente de la República, como delegado al ejercicio del Poder Ejecutivo para "cumplir y hacer cumplir las leyes" o sea los preceptos jurídicos creados o afirmados por el Parlamento, debe reducirse a determinar las condiciones de ejecución de los mismos y no extenderse a la creación de otros, no concebidos como delegaciones y repudiados como formas de usurpación de poderes, esa misma potestad reglamentaria del Presidente como Jefe de la Administración no tiene, en ausencia de límites legales, más restricción que las reservas constitucionales y no difiere de la ley más que en la forma que le imprime el órgano de gobierno de que emana.

La distinción en el Ejecutivo entre sus funciones de gobierno y de Administración, por más dificultades que presente cuando se trate de fijar los límites de una y otra competencia, es factible, pues; y a ella puede y debe llegarse como solución histórica que permitirá mantener el equilibrio gubernamental comprometido por el crecimiento del Poder Ejecutivo que significa también un crecimiento de sus poderes discrecionales, mucho mayores cuando obra como poder administrador.

La atribución a un Consejo de Estado, electivo y responsable, verdadero poder de gobierno, de la función administrativa, reducirá considerablemente, aunque sin anularlo, ese poder arbitrario que está hoy en manos del Presidente de la República.

Hoy las leyes no son, como lo afirma Barthélemy, más que excepcionalmente las reglas directrices de la actividad del Ejecutivo; ellas son más bien sus límites jurídicos pero aún como tales cierran un horizonte tan lejano que la gestión presidencial puede ser, y a las veces lo es, el ejercicio de un poder personal, irresponsable y arbitrario, la realización incondicionada de una fórmula individual y despótica.

Esa discrecionalidad o arbitrariedad ha caracterizado siempre al Poder Ejecutivo. Ha sido vana, sin trascendencia política, la distinción que formulara Vivien entre poder discrecional y poder arbitrario ya que la justicia y la utilidad pública reclamadas por el ilustre administrativista como reglas implícitas de la acción discrecional son de apreciación personal y arbitraria.

Es también inexacta la identificación operada por Laferrière entre poder discrecional y lo que llamaríamos hoy poder administrador al que supondríamos, de acuerdo con su teoría, como llevando a término actos sujetos sólo a su libre apreciación, para proveer a los intereses generales o particulares y en manera alguna para satisfacer derechos o cumplir la ley.

El mismo Michoud, que ha llevado tan lejos el concepto de la discrecionalidad de la administración, a la que atribuye aquel poder como de "la esencia misma de su misión," misión de obrar que no admite otro principio que el de la libertad, expresa sin embargo, que, fuera de las abstenciones y de los actos de gestión,

aquella está limitada por la regla general que le impide aportar restricciones a los derechos privados fuera de los casos en que ello le es permitido por la ley.

Mayor en el Poder Ejecutivo cuando obra como poder administrador, que como simple ejecutor, esa discrecionalidad es de la esencia de todo poder y se manifiesta en el ejercicio de toda función, especialmente en materia de legislación.

Apreciándola con relación a la función administrativa, Jellinek expresa: "Aún en este dominio de la Administración en que la ley determina el contenido de la actividad administrativa hay siempre, junto a la actividad ligada por las prescripciones del derecho, un elemento de actividad libre sometido únicamente a la regla general de obras conforme al deber moral que incumbe a los órganos del Estado, pero no a principios jurídicos particulares. La administración no es jamás simple ejecución, jamás aplicación maquinal de reglas generales al caso particular, por la sola razón de que su actividad no es toda entera el hecho de una autoridad superior, sino que depende de las realidades sociales."

Admite así, junto al elemento de ejecución, de "realización de disposiciones tomadas 'el elemento de gobierno,' comprendiendo la iniciativa, la reglamentación."

¿Por que no ha de ser factible la reducción de los poderes discrecionales del Ejecutivo por la creación de un nuevo poder de gobierno que esté, frente a él, en el mismo grado de primacía jurídica que el Legislativo; que delibere y sancione las normas generales de la administración, las reglas de ejecución; que asuma, en una palabra, el poder administrador reservándose sólo al Ejecutivo, no los actos en que Michoud supone erróneamente va una acción indeferente al derecho, pero sí aquellos que, ante en materia de administración como de gobierno, están sujetos a una regla de derecho que autoriza u ordena?

Un poder de gobierno semejante, no jurisdiccional, incapaz de crear un "privilegium fori," órgano de deliberación y decisión en materia administrativa, realizará ampliamente la aspiración democrática de quebrar el poder arbitrario del Jefe de Estado, órgano de ejecución y de representación, en cuya acción habrá siempre, sin embargo, un elemento de discrecionalidad que será, como en el poder judicial, una facultad de apreciación en la aplicación de la ley o de la decisión administrativa pero que no llegará en ningún caso a la creación de reglas de derecho.

III. Los Funcionarios de la Administración—Estatuto y Reserva Política.

1. La Constitución nacional, en aplicación de la doctrina política de la separación de los poderes y aceptando las formas históricas de organización de los mismos, atribuye al Presidente de la República, en su artículo 79 la jefatura superior de la administración general. Como consecuencia necesaria de ello reconoce (art. 81) como de ejercicio personal del Presidente la facultad de proveer los empleos civiles, conforme a la Constitución y a las leyes y la de destituir por ineptitud, omisión o delito. Constitucionalmente esas prerrogativas del Poder Ejecutivo no tienen más límite que la necesidad del acuerdo del Senado, o de la Comisión Permanente en su receso, para el nombramiento de agentes diplomáticos y para la destitución por ineptitud u omisión y el sometimiento obligado de los funcionarios delincuentes a la justicia, luego de su destitución, para que sean juzgados legalmente.

Dentro de estas reservas constitucionales, la provisión de los empleos administrativos integra los poderes discrecionales del Presidente de la República.

Determinando la extensión y la importancia política de la prerrogativa he escrito lo siguiente en mi libro "El Poder Ejecutivo y sus Ministros" (II, p. 59 y s.): Se ha visto en su ejercicio un medio fácil de corrupción cívica, de anulación de la independencia ciudadana y por ello de falseamiento del sufragio y de destrucción del equilibrio constitucional en exclusivo beneficio de gobernantes sin pudor y con una definida tendencia despótica. Se ha exagerado sin embargo la trascendencia del mal en cuanto a su extensión efectiva y a sus consecuencias. Si el mal de las sociedades modernas—no de nuestro país exclusivamente—es el funcionarismo, resultado inevitable y funesto de un etatismo avasallador que transforma en función del Estado la mayor parte de las actividades sociales, más que en la consiguiente posesión del empleo su acción corruptora está en la aspiración funcionarista que castiga el espíritu de los débiles, de los incapaces de acción personal, de los que no resisten la presión de crecientes necesidades, de los que carecen de aptitud para la lucha y se desconciertan librados a las ásperas contingencias de la vida. Obtenido el empleo, el empleado no queda librado a la arbitrariedad gubernativa y está al amparo de un estatuto legal. El funcionario servil lo es no en razón del empleo, sino de su propio orgánico servilismo. La posesión del empleo no corrompe al que ya es una víctima lamentable de dolorosas condiciones sociales. Quizá se estuviera en lo cierto al decir que, lejos de hacer del empleado un sometido, despierta en él el sentimiento, acaso sólo dormido, de su independencia y de su dignidad personal.

Pero aunque así no fuera no sería posible sostener que los gobernantes deshonestos corrompen la democracia para dominarla sino que explotan la amoralidad y la miseria ciudadana para realizar, dentro de sus facultades constitucionales, fines impuros de política personal.

He insinuado la existencia de un estatuto legal del funcionario que se opone a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Él existe, en efecto, y concurre con otras disposiciones constitucionales a dar las necesarias garantías de estabilidad al empleado y de orden y moderación administrativos al país.

La última se asegura por la aplicación del artículo 17 No. 13 de la Constitución que dice ser atribución privativa del Poder Legislativo "crear y suprimir empleos públicos; determinar sus atribuciones, designar, aumentar o disminuir sus dotaciones o retiros * * *." El número, pues, de los empleados públicos, no queda librado a la arbitrariedad presidencial.

Si esta disposición constitucional no se ha cumplido estrictamente, si nuestros Parlamentos no han sabido hacer efectiva esta nueva garantía contra la omnipotencia presidencial, culpa suya es que no han sabido ponerse a la altura de sus deberes constitucionales.

No excluye ello la responsabilidad de los Presidentes, quienes, ya con fines políticos siempre condenables, ya dando satisfacción a necesidades apremiantes de los servicios públicos comprometidos por la morosidad legislativa, han anulado ocasionalmente esa barrera constitucional nombrando empleados interinos o a título de simple gasto hasta su inclusión en el presupuesto general de gastos, lo que importa usurpar a los Parlamentos su facultad de crear empleos. Se han apartado para ello de la Constitución. Pero ello mismo en ningún caso, y sin una criminal complacencia de las Asambleas, puede llegar a constituir un grave peligro para el equilibrio constitucional. Porque esos empleos extra-presupuesto y despojados de las garantías de un estatuto constitucional no pueden comprometer más que una pequeña parte de los rubros afectados a los gastos eventuales de los Ministerios y es imposible por lo tanto constituir por ese medio, que siempre será una violación de deberes constitucionales, un ejército de sometidos transformados en instrumentos de acción despótica.

La misma disposición que dejo citada da una garantía eficaz al empleado contra los posibles propósitos de corrupción del Poder Ejecutivo. Ella es que sus dotaciones o retiros no pueden ser designados sino por la Asamblea, única autoridad que puede hacer en aquéllos las alteraciones que estime convenientes.

No fuera ésto suficiente para asegurar la dignidad funcionaria si, a pesar de esas limitaciones a la acción presidencial, los empleados públicos quedaran sujetos al capricho de los gobernantes, como en Estados Unidos los que aun no tienen su Estatuto, y su permanencia en el empleo dependiera de su adhesión personal a los presidentes. El empleado público tiene derecho al empleo; no puede ser despojado de él, salvo el caso de los Ministros y Oficiales de Secretaría, sino en los casos de ineptitud, omisión o delito, en los dos primeros casos con acuerdo del Senado o de la Comisión Permanente y en el último pasando el expediente a los Tribunales de Justicia para que sea juzgado legalmente. Esta disposición constitucional, reglamentada por el Código Penal y el Decreto Orgánico de Ministerios es suficiente para mantener la independencia de los funcionarios contra todo propósito presidencial de corrupción.

Podrá decirse todavía que la facultad de nombramiento, facultad exclusiva, personal, del Presidente de la República, constituye siempre un procedimiento fácil de deformación del espíritu cívico porque puede establecerse para la provisión de empleos un régimen inmoral de favoritismo y deprimirse a los funcionarios con la expectativa del ascenso. Pero si ello es cierto, si por ese medio se ha establecido un régimen abusivo, aunque no del punto de vista constitucional, culpa es de nuestros parlamentos y no de los constituyentes de 1830, desde que aquellos no han hecho hasta el presente uso de su facultad de legislar sobre las condiciones y formas en que el Poder Ejecutivo ha de proceder en cumplimiento de la disposición del artículo 81 de la Constitución. Todos esos males se suprimirán con la sanción del estatuto legal de los funcionarios, con lo que quedaría la Administración completamente a cubierto de la acción política que puede desnaturalizarla.

Aun previendo todos los males del funcionarismo, la Constitución no podría arrancar al Poder Ejecutivo esa facultad natural de proveer los empleos de cuya gestión regular tiene toda la responsabilidad. A los parlamentos corresponde detener las funestas consecuencias de una deplorable cultura política. No es por cierto una experiencia reciente la que lo ha puesto en evidencia.

Nó la falta de garantías constitucionales, sino la ausencia de espíritu democrático ha transformado en épocas nefandas a los empleados públicos, que no eran los únicos contaminados por la corrupción de las alturas, en agentes electorales de la Presidencia de la República. Mi padre[1] decía así en el Consejo de Estado, en 1898:

> Ahí está la experiencia práctica en el país. ¿Cuál es el procedimiento por cuyo medio el Poder Ejecutivo, entre nosotros, ha sido generalmente elector exclusivo? Siempre por medio de los empleados públicos introducidos en las Juntas Electorales y en las Comisiones inscriptoras, calificadoras y receptoras de votos.

Y agregaba:

> Yo no creo que un hombre, por el hecho de tener un empleo público, sea más o menos digno que los demás ciudadanos y, por consiguiente, supongo que puede haber empleados públicos civiles o militares, que a pesar de todo sean capaces de proceder con toda independencia, con toda heroicidad, prefiriendo la ruina y la miseria a someterse a ilegítimas y humillantes imposiciones del Poder Ejecutivo. Lo que sostengo es que esa no es la condición general de los hombres; que los héroes son escasísimos y que casi todos los

[1] "Cuestiones de Legislación Política y Constitucional," Capítulo VI.

empleados públicos, que serían incapaces de cometer actos indignos en el orden puramente administrativo o civil, están muy dispuestos a someterse a las exigencias del Presidente de la República, cuando se trata de actos puramente electorales o políticos.

Es este el mal verdadero de nuestro régimen. Pero él no se deriva de la potestad gubernativa de proveer los empleos de la administración sino de un régimen desgraciado—y necesario en 1830 y aún mucho después—que ahogó los últimos vestigios del gobierno local autónomo y puso en manos de muestros Presidentes, jefes de partido, esas funciones electorales que naturalmente correspondían a los municipios.

No era posible, para que el Poder Ejecutivo pusiera en ejercicio funciones que no le correspondían y que sólo iban á él por obra de una necesaria mutilación de los viejos Cabildos, cercenar una facultad necesaria de aquél o imponerle para su ejercicio, en todos los casos la colaboración del Senado. Esta se explica respecto a la excepción que la Constitución establece, pero generalizarlo importaría tanto como consagrar la absoluta irresponsabilidad de la administración. No creyó la Asamblea de 1830 haber determinado en las disposiciones constitucionales que dejo analizadas todas las limitaciones a la posible vocación despótica de los Presidentes.

Fué más lejos aún y buscó garantir al Poder Legislativo contra el peligro de corrupción alejando de su seno a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo, ya que los del orden judicial no fueron castigados con esa exclusión.

Estas disposiciones constitucionales, la prohibición a los legisladores (art. 84) de aceptar empleos del Poder Ejecutivo sin consentimiento de la Cámara respectiva y sin que quede vacante su representación así como la prohibición del artículo 83 que veda al Ejecutivo el permitir el goce de sueldo por otro título que el de servicio activo, jubilación, retiro o montepío conforme a las leyes, constituyen por sí solas un sistema completo de restricciones a la acción personal del Presidente, la limitación constitucional más vasta a la arbitrariedad en la administración y la más formidable barrera a la absorción por corrupción de funciones ajenas al Poder Ejecutivo. No será, pues, en la reforma del texto constitucional donde habrá que cifrar la esperanza de una mejor organización administrativa.

Es en los parlamentos donde debe consumarse la liberación definitiva de los funcionarios y en la escuela, en la prensa, en la práctica de la vida cívica, donde ha de realizarse esa otra labor, más proficua para la extirpación definitiva del mal, de dignificación moral del ciudadano, de transformación de cada hombre en valor democrático.

La acción legislativa en el sentido de la reducción del poder discrecional del Ejecutivo en la provisión de empleos se ha manifestado en el país en dos sentidos, uno de ellos perfectamente inconstitucional.

La ley orgánica del Banco de la República, la del Banco de Seguros del Estado, la ley de Intendencias, obligan al Poder Ejecutivo a recabar la opinión favorable del Senado para la integración de los Directorios de aquellas instituciones bancarias y para el nombramiento de Intendentes. El Rector de la Universidad, según la ley respectiva, debe ser nombrado mediante el mismo procedimiento. Los miembros del Consejo Penitenciario son nombrados, según lo establece la ley de 4 de abril de 1891, por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la Alta Corte de Justicia.

El Poder Ejecutivo se ha sometido a estas restricciones arbitrarias.

Bajo la presidencia Idiarte Borda, el Ministro de Hacienda asistió durante varios días a sesiones secretas del Senado para discutir candidaturas para integrar el Directorio del Banco de la República y en 1914, bajo la presidencia Battle y Ordoñez, se produce un conflicto con la Alta Corte de Justicia no

por desconocerse su facultad constitucional de prestar su acuerdo al nombramiento de miembros del Consejo Penitenciario, sino por la forma en que uno y otro poder entendían debía producirse ese acuerdo.

Yo he sostenido en esta última ocasión, llevando el debate a otro terreno, que el Poder Ejecutivo pudo prescindir del acuerdo que exige la ley del Consejo Penitenciario; que sólo por cortesía ha podido recabar el acuerdo indebidamente exigido por la ley de 4 de abril de 1891, desde el momento que sólo la Constitución ha podido limitar la facultad de nombrar que privativamente corresponde al Presidente de la República sin más restricciones que las taxativamente enumeradas en el artículo 81 de la Constitución.

Entiendo, en efecto, que cuando la Constitución se refiere a la "conformidad de las leyes," es en todo aquello que una ley puede determinar, vale decir, en lo que se relaciona con el ejercicio del empleo. Porque es evidente que pueden ser materia legislativa, tanto las condiciones del cargo, como los requisitos y cualidades para el ejercicio del mismo, y a esto responde, sin duda alguna, la ley del 74 exigiendo la ciudadanía para el desempeño de funciones públicas, disposición legislativa que estimo perfectamente constitucional.

Pero admitir esto no quiere decir que la ingerencia legislativa pueda tolerarse en lo que se relaciona con la facultad de nombrar, atribuída al Poder Ejecutivo con las limitadas y preceptivas excepciones que la Constitución establece.

Estas opiniones fueron duramente combatidas, sosteniéndose que yo daba con ello al Poder Ejecutivo una facultad más acrecentando por tal modo lo que se considera demasiado amplia esfera de acción de ese Poder.

Sin embargo no creo que con ello haya sentado una tesis extra constitucional ni comprometido sino defendido el necesario equilibrio de Poderes.

No es la mía tesis cesarista. Es la defensa de una facultad constitucional del Poder Ejecutivo que no puede estar librada al capricho de las asambleas y de que no puede considerarse despojado porque quienes han tenido accidentalmente su ejercicio no la hayan reclamado por torpeza o por indiferencia.

Los poderes de gobierno no tienen más funciones que las que expresamente les confieren las constituciones y aquellas necesarias a su ejercicio. Todo cuanto hagan fuera de ese límite que legitima la teoría de las constituciones escritas no tiene valor de acto de voluntad gubernativa. La facultad de legislar no es limitada no pudiendo extenderse el dominio de la ley más allá de lo que consiste, en nuestro país, el artículo 17 de la Constitución. Él no dice, ni pudo decir sin sacrificar los principios fundamentales del régimen constitucional, que pueda ser materia legislativa lo que por expreso mandato constitucional, es función privativa de otro poder de gobierno. Y si el Poder Legislativo no puede, sin usurpar funciones de Poder Constituyente, restringir ni anular lo que podríamos llamar la soberanía constitucional de otro poder, todo acto que en tal sentido realice es nulo, es inexistente. Y como por otra parte el Poder Ejecutivo, como todo otro poder, tiene la responsabilidad de sus funciones privativas y no puede renunciar a su ejercicio, no puede reconocer en la ley un poder de limitación que por la Constitución no se ha conferido expresamente.

Del mismo modo que se ha pretendido restringir, mediante la imposición arbitraria del acuerdo de otros poderes para nombramientos de empleados no comprendidos en la reserva constitucional, los poderes discrecionales del Presidente de la República en esa materia, se ha querido también atribuir al Poder Judicial la facultad de suspender a los funcionarios administrativos por aplicación de los artículos 31 (inciso 2) y 44 del Código Penal que niegan a las suspensiones decretadas por los jueces durante la instrucción de los procesos el carácter de pena aunque importen una retención parcial del sueldo.

El Poder Ejecutivo, en 1914, ha reclamado de semejantes suspensiones como contrarias a la integridad de su poder constitucional dando con ello lugar a un conflicto de poderes aún no resuelto.

Ha sostenido con toda verdad que "si estuviera fuera del Poder Administrador la facultad de suspender los empleados dependientes de éste se pondría en manos ajenas, en manos de otro Poder del Estado uno de los resortes más poderosos y eficaces para trastornar la gestión que a aquél le está exclusivamente encomendada, atacando así el sabio principio de la separación y armonía de los Poderes."

La teoría sustentada por el Poder Ejecutivo es exacta.

La suspensión en el ejercicio de una función pública es una sanción de derecho disciplinario. En tal virtud integra el conjunto de actos de la Administración rotulados en Derecho Administrativo, con la denominación general de "poder discrecional." Laferrière, en su tratado de jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos, los llama "actos de pura administración."

"Tales son," dice, "los reglamentos administrativos hechos en un interés general; las medidas de policía, especialmente las que interesan a la salubridad y seguridad públicas; los actos de tutela administrativa: los nombramientos y revocaciones de funcionarios, cuando no existe ley que fije su estado y sus derechos al ascenso; las medidas disciplinarias; las suspensiones o disoluciones de cargos administrativos * * *."

Es entendido que la restricción anotada por Laferrière al poder de nombrar y destituir no significa otra cosa que la determinación legal de las condiciones necesarias al ejercicio de la función pública, sin que ello afecte a la discrecionalidad de la administración para proceder dentro de esas condiciones generales.

Es ello una consecuencia lógica, y también de contenido jurídico, del hecho de que la Administración en su personificación como poder lleva la dirección y responsabilidad de la gestión de sus agentes.

Esa dirección y esa responsabilidad comportan el derecho de fiscalizar y de sancionar, de señalar normas—algunas de carácter disciplinario—que mantengan a los agentes en la línea precisa de su conducta funcionaria.

Admitida la facultad de suspender, como acto de discreción administrativa, se afirma una necesaria incompetencia, frente al poder jurisdiccional que implica, de toda otra jurisdicción.

Los Tribunales ordinarios no pueden extender a ello su competencia, no ya para sustituirse al Ejecutivo en su ejercicio, sino para controlarlo. "Este control," expresa Michoud en su estudio sobre el poder discrecional de la Administración, "este control, que llevaría sobre la oportunidad, la utilidad, la moralidad de actos lícitos, no entra en sus atribuciones, porque son jueces y no censores o superiores jerárquicos."

Este principio rige aún en los países que, como el nuestro, mantienen la separación orgánica de los poderes ejecutivo y judicial y llevan su acatamiento a la fórmula hasta la proscripción de los tribunales administrativos. La justicia ordinaria conocerá de lo contencioso administrativo pero no podrá, en ningún caso, inmiscuirse en los actos de la administración activa sin autorizar lo que Laferrière llamó expresivamente la "reivindicación por el conflicto."

Podrá discutirse, con referencia al Poder Ejecutivo predominantemente administrador, si esos actos que el ilustre teórico de lo contencioso administrativo llamó de pura administración o de poder discrecional, son efectivamente actos de administración o son, como Ducrecq lo pretende, actos de gobierno por ser el ejercicio directo de atribuciones gubernamentales de que el Presidente está investido por la Constitución. La cuestión, de interés doctrinario, se

promoverá con relación a la facultad de nombramiento, que las Constituciones consagran expresamente como privativa del Poder Ejecutivo y en algunos casos respecto de la de destituir, en que ya la generalidad de su afirmación desaparece, pero no con relación a la de suspender a que las Constituciones no hacen referencia.

Pero sea cual fuere la doctrina que se acepta, siempre queda en pie la afirmación de su exclusividad, de su carácter privativo y discrecional que excluye la intervención de otro poder.

Función de administración o de gobierno será siempre una atribución constitucional del poder que tiene a su cargo la gestión administrativa y gubernamental del Estado.

Corresponde al Poder Ejecutivo la facultad de nombrar al personal administrativo, facultad que retiene íntegramente aún en los casos en que las leyes orgánicas establecen condiciones especiales a llenarse por quienes han de ejercer la función administrativa y exigen acuerdos de poderes previos a la designación.

La facultad de destituir, último término del poder disciplinario, aún no expresada en los textos constitucionales, como lo demostraré más adelante, considérase como un corolario inmediato de la facultad de nombrar y en todo caso de la atribución constitucional al Poder Ejecutivo de la dirección de la administración general. Los principios bastan para establecerlo, afirma Esmein y ratifica entre otros Hauriou:

"El jefe y titular del Poder Ejecutivo," dice el primero, "tiene el derecho de revocar a todos los funcionarios colocados bajo sus órdenes porque, encargado de dirigir la potestad ejecutiva en su conjunto, no podría llenar útilmente su misión si no tiene confianza en los funcionarios que obran bajo su dirección." Es, pues, un medio necesario para asegurar el cumplimiento de la ley y mantener la dirección de la administración.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido, bajo los regímenes gubernamentales más diversos, que la revocación de los funcionarios no puede hacerse más que por la autoridad que ha procedido a su nombramiento. El disentimiento no surge sino en la apreciación de las condiciones a que esa revocación debe sujetarse.

Existe igualmente unanimidad de pareceres en cuanto a que la revocación no es sino la forma más aguda de manifestarse el poder disciplinario de la Administración.

"Este poder disciplinario," dice Hauriou, de acuerdo con Drouille y Nézard, "tiene por objeto reprimir la inconducta del funcionario, sea en el ejercicio de su función, sea aun en su vida privada; se inspira tanto en el sentimiento de la dignidad corporativa del personal como de la gravedad de la falta individual. El ejercicio del poder disciplinario supone una cierta determinación de hechos punibles y una escala de medidas y penas que va de la simple represión a la revocación, con numerosos grados intermedios. Se ejerce, sea por vía de policía pura, por decisiones o medidas de los superiores jerárquicos, sea por vía jurisdiccional, por decisiones de ciertas jurisdicciones disciplinarias."

El progreso del derecho es evidentemente sustituir la decisión jurisdiccional a la medida de policía, como presentando más garantías."

No se entienda que al hacer referencia Hauriou a las jurisdicciones disciplinarias siente con ello la afirmación de que hasta ahí alcanza la jurisdicción ordinaria. Fuera ello un error que no entra ni en las más exageradas reivindicaciones estatutarias de los funcionarios.

En ninguno de los tres términos bien definidos de evolución del poder disciplinario se ha pretendido dar semejante extensión al poder por autonomasia jurisdiccional.

El primer caso, de competencia exclusiva del Jefe administrador, considera al jefe de servicio público como director de una sociedad privada o jefe de taller, cuyo derecho de nombramiento comporta el de revocación y cuyo derecho de vigilancia y dirección postula el derecho de castigar disciplinariamente, según lo manifiesta Nezard.

La necesidad jurídica de someter el ejercicio de poderes discrecionales a restricciones formales que obsten a la arbitrariedad provoca una primera transformación de ese carácter, respetando siempre la exclusividad del poder. Esa primera innovación consiste en la institución—jurídicamente obligatoria—de consejos consultivos en materia disciplinaria. Conviene advertir, como el mismo Nezard lo precisa, que el sometimiento del Jefe jerárquico a una consulta previa no constituye "un estado" para el agente.

El tercer período es el de la competencia jurisdiccional en detrimento de la policía administrativa, el desplazamiento del poder disciplinario del Jefe jerárquico a corporaciones administrativas, o mixtas pero en ejercicio de función administrativa, período que todavía debe considerarse más que como conquista efectiva del funcionarismo, como tendencia doctrinaria y de iniciativa legislativa.

Aun en este tercer período se admite, como en el proyecto francés de 1909 la necesidad de establecer un recurso contra las decisiones del Consejo Superior y ante la autoridad administrativa que decidirá, en último término, bajo la sola garantía de su responsabilidad constitucional.

Se ha entendido así, y así se expresa en los recientes debates de la "Societé d'Études Législatives," que la concepción de la jurisdicción disciplinaria lleva a consecuencias tan graves para el Estado que se impone librar su mayoría a la misma administración. Y eso mismo formulando una distinción sustancial respecto a la naturaleza de las sanciones, abandonando, así, a la acción puramente jerárquica las sanciones que no perjudican necesariamente a la carrera del funcionario.

A pesar de su jurisdiccionalización, el poder disciplinario, mejor dicho la decisión disciplinaria, queda siempre, según la expresión de Duguit, en el fondo y en la forma, una decisión administrativa.

Esta es la teoría encarada particularmente con relación al poder de revocación, sanción disciplinaria máxima. Ahora, bien, *a fortiori*, el Jefe administrador que tiene facultad exclusiva, privativa, de remover a los agentes que nombra para llenar, bajo sus órdenes, una función determinada, debe, necesariamente, poder imponer, también como función privativa, las penas menores entre las cuales figura la de la suspensión.

Este poder disciplinario—facultad de observar, apercibir, suspender, destituir—que corresponde, por razón orgánica, al Poder Ejecutivo respecto de sus funcionarios y que es también función de jurisdicción, o policía administrativa, de los demás poderes respecto de sus propios funcionarios, por su misma naturaleza no necesita ser objeto de una expresa atribución constitucional. Basta reconocer a los poderes de gobierno una función y una responsabilidad por el hecho propio y el de sus agentes, para que éstos se encuentren en esa relación de subordinación jerárquica y de poder disciplinario.

Si la misma facultad de nombrar sus empleados no exige esa condición para su existencia, menos la requiere esta otra de suspender que está implícita en aquélla como lo está la de revocar.

Es, en efecto, un corolario del principio de la separación de poderes, que los poderes de gobierno, en el caso el Poder Ejecutivo, no necesitan una atribución expresa para nombrar, suspender y destituir a sus agentes. Cabe ello en la categoría de las facultades implícitas, necesarias al ejercicio de sus deberes constitucionales.

El ejercicio, pues, por el Poder Judicial, de la función disciplinaria con relación a funcionarios del Poder Ejecutivo se presenta, doctrinariamente, como abusivo, aun en aquellos países que no distinguen como el nuestro la existencia autónoma de los poderes ejecutivo y judicial desde que, mantenida la función jurisdiccional como función del poder Ejecutivo, declaran privativo de los Tribunales Administrativos o de la misma Administración activa, no ya el poder disciplinario, sino el mismo contencioso administrativo.

Sólo suspende quien nombra y destituye o quien es delegado a ello dentro del orden jerárquico de la administración. Si este es el principio doctrinario, no es diversa la teoría constitucional derivada de los textos por procedimientos rigurosos de interpretación.

La Constitución Nacional, al organizar el "Poder Ejecutivo," este Poder fuerte que administra la Hacienda Nacional, manda la fuerza armada, distribuye los empleos públicos * * *, según el Manifiesto de la Constituyente, establece en el artículo 81 que le corresponde "nombrar y destituir el Ministro o Ministros de su despacho y los Oficiales de las Secretarías, preveer los empleos civiles y militares conforme a la Constitución y a las leyes, con obligación de solicitar el acuerdo del Senado o de la Comisión Permanente, hallándose aquél en receso, para los de Enviados Diplomáticos, Coroneles y demás oficiales superiores de las fuerzas de mar y tierra, destituir los empleados por ineptitud, omisión o delito: en los dos primeros casos con acuerdo del Senado, o en su receso con el de la Comisión Permanente y en el último pasando el expediente a los Tribunales de Justicia para que sean juzgados legalmente." * * *

En virtud de lo que disponen los artículos 44, 45, 46 y 48 de la Constitución debemos reconocer en el Poder Legislativo igual facultad administrativa de nombrar y revocar su personal de Secretaría aunque ese poder, necesariamente discrecional, no esté consignado expresamente en los antedichos artículos.

La Alta Corte de Justicia a su vez, como órgano superior de la jerarquía judicial, ejerce, según el artículo 99, la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los Tribunales y Juzgados de la Nación.

En esa superintendencia va expresa una función disciplinaria que, de acuerdo con principios inconcusos de hermenéutica constitucional, no tiene aplicación extensiva.

Señálase así, para cada uno de los tres poderes del gobierno, el ejercicio de funciones de administración.

Nadie desconoce que es función privativa de los poderes Legislativo y Judicial lo que hemos llamado poder disciplinario sobre sus agentes. ¿Será otra la situación del Poder Ejecutivo? No existe una disposición expresa que así lo determine. Ello bastara para concluir en una categórica negativa. Sin embargo es útil estudiar la disposición que con ello tiene atingencia la que señala un régimen singular.

La existencia de ese régimen de excepción se explica. La importancia siempre creciente de los servicios administrativos librados a la gestión del Poder Ejecutivo así lo exige. Es necesario afirmar, en tesis general que el poder de nombrar, la facultad de proveer, es discrecional del Poder Ejecutivo. En unos casos nombra y revoca sin restricción de especie alguna, en todos los provee discrecionalmente, sometido en algunos a la condición de una venia previa que en nada afecta a su poder de nombrar, en todo destituye, ya mediante la ratificación previa del Senado o de la Comisión Permanente, ya sin ese requisito en los casos de delito que solo lo obligan, por razones que no rozan ni la naturaleza ni la extensión de sus facultades, a librar a los delincuentes a la acción de la justicia. Obsérvase que la Constitución sólo establece respecto de la facultad de proveer la reserva de que debe hacerse

"con arreglo a las leyes" lo cual no debe entenderse en otra forma que la que autoriza el artículo 17, No. 13, de la misma Constitución.

Pero lo más interesante es que se considera función privativa del Poder Ejecutivo el ejercicio del poder disciplinario en su sanción máxima—la destitución—en caso de delito, sin perjuicio de la sanción penal que corresponde al Poder Jurisdiccional. ¿Podrá admitirse, sin sentar un contrasentido, que en los mismos casos de delito corresponda al Poder Judicial suspender a los funcionarios que solo el Poder Ejecutivo puede destituir? ¿Acaso aquello está más cerca que esto de la función jurisdiccional en materia penal?

Se dirá que la Constitución no expresa como atribución del Poder Ejecutivo la de suspender a sus empleados. Tampoco dice que pueda hacerlo el Poder Judicial, de modo que por aplicación de los razonamientos doctrinarios anteriormente esbozados la solución del problema en ningún caso importaría el reconocimiento de esa facultad al Poder Judicial que no la necesita para el ejercicio de su función y que, en la hipótesis de que la necesitara, no podría tenerla sin invadir la esfera de acción privativa del Ejecutivo como ocurriría con éste si, a pretexto de necesitar una ley para un servicio, se sustituyera al legislador en su función privativa de dictarla. Contra todo otro razonamiento yo sostengo que, desde que el artículo 79 de la Constitución dice que el Presidente es Jefe superior de la administración general de la República, en esa administración general no hay más poder de nombrar, suspender y revocar que el del mismo Presidente, que ese poder no necesita ser establecido en términos expresos y que si lo ha sido en cuanto a la institución y la revocación ello ha respondido más que a la necesidad de afirmarlo, a la de oponer barreras formales al desorden y a la inmoralidad administrativos.

La discusión de la Constituyente no da mayores luces sobre el tema. Sin embargo será útil recordar tres alternativas de sus debates que contribuyen a robustecer el criterio antes afirmado.

El artículo 84 del proyecto de Constitución atribuía al Presidente la facultad de "nombrar los Ministros para su despacho y los Oficiales de las Secretarías." Guardaba un silencio absoluto respecto de su destitución. Masini propuso la adición que amplía el texto definitivo (art. 81) adoptada contra la opinión de la Comisión expresada por Ellauri que la consideraba innecesaria.

El artículo 85 del mismo proyecto atribuía al Poder Ejecutivo la provisión de los empleos civiles, militares y eclesiásticos y en la larga discusión respecto a la procedencia de la expresión "proveer" para los empleos eclesiásticos, aunque la cuestión fué zanjada eliminando esta categoría de empleados para contemplarla en la disposición referente al patronato, Santiago Vázquez precisó los resultados de la discusión expresando: "Nada de cuanto se ha dicho, destruye la propiedad de la voz Proveer; no hay duda que los Obispos y dignidades eclesiásticas necesitan la institución canónica, pero no les basta ésta, si no tienen también la protección y licencia de la potestad pública, que, aunque no puede destituirlos, puede *suspenderlos* del ejercicio de sus funciones."

La importancia de estas expresiones tiene su significación desde que permitiría afirmar, valiéndose de la palabra de uno de los grandes hombres de aquella Asamblea, que la Constituyente entendía que la facultad de proveer llevaba implícita la de suspender, que debería ser igualmente privativa. Y esto se robustecería como convicción definitiva recordando el repudio del artículo 97 del Proyecto que atribuía al Poder Ejecutivo "velar por sí y sus Ministros sobre la conducta funcionaria de sus empleados en el ramo de justicia," * * * atribución monstruosa, según el Constituyente Don Solano García, porque contrariaba lo dispuesto en el artículo 119 que atribuía al Poder Judicial esa función en cierto sentido disciplinaria sobre sus agentes.

Desde que nuestra Constitución no atribuye al Poder Judicial esa función disciplinaria de suspender a los funcionarios del Poder Ejecutivo; desde que ella integra la teoría orgánica del Poder Ejecutivo como poder implícito; desde que así parece evidenciarlo la historia de los debates de la Constituyente, no es fácil encontrar una razón que justifique la desviación de los principios que importa la suspensión de funcionarios del Poder Ejecutivo decretada por el Poder Judicial. Ella no está tampoco en los antecedentes de nuestra Constitución. Los más inmediatos son los norteamericanos, chilenos y argentinos.

Un rápido examen de sus comentadores basta para evidenciar que tampoco puede encontrarse por esa vía la justificación de semejante solución. Expresa la Constitución Americana que el Presidente de la República "nombrará por y con el consejo y conocimiento del Senado, Embajadores y otros ministros públicos y cónsules, jueces de la Corte Suprema y todos los otros empleados de los Estados Unidos, cuyos nombramientos no estén determinados de otro modo en esta Constitución y los que serán establecidos por ley. * * *"

Obsérvese que la disposición transcrita no hace referencia alguna al poder disciplinario, ni aún en su forma grave de remoción.

Sin embargo el comentario es uniforme como se verá a continuación.

Story, "Comentario sobre la Constitución," escribe: Es de observar que la Constitución no da de una manera formal, ni en parte alguna, el derecho de destituir a ningún funcionario. Sin embargo, como según los términos expresos de la Constitución, los funcionarios judiciales son los únicos que deben conservar su empleo por tanto tiempo cuanto lo desempeñan fielmente, resulta forzoso que todos los otros son revocables a voluntad del Poder Ejecutivo, a menos que la duración de su empleo haya sido fijada por el Congreso. Del mismo modo que el Congreso, según la Constitución, tiene el derecho de arreglar y de delegar el nombramiento de los delegados secundarios, del mismo modo puede arreglarse la duración de las funciones, el modo de la destitución, y designar la autoridad que pronuncia esa destitución. Dos cuestiones se presentan aquí. La primera es saber a quien puede pertenecer el poder de destitución en ausencia de toda disposición legislativa. ¿Es a la autoridad que hace el nombramiento o a la autoridad ejecutiva? ¿Es al Presidente y al Senado concurrente para los nombramientos o es al Presidente sólo? La segunda cuestión es saber, si el Presidente tiene derecho de destituir indistintamente a todos los funcionarios que puede nombrar según la Constitución o bien si será este poder de destituir en los casos en que el Congreso ha fijado la duración de sus funciones. Esta restricción al poder de destituir ha sido hasta aquí considerada como puramente especulativa, porque nuestra legislación limitando todas las funciones, excepto los empleos judiciales, ha reconocido virtualmente al Poder Ejecutivo el derecho de destituir.

La dificultad que había surgido a este respecto, en la práctica, desde los primeros tiempos de la Constitución, procedía de sus propios términos. * * *

El Poder de presentar ¿no comprende natural y necesariamente el poder de destituir? Y si el poder de nombrar lo comprende también, el poder de poseer pertenece conjuntamente a la autoridad ejecutiva y a la Cámara de Senadores.

* * * Si la autoridad ejecutiva, para prevenir la no ejecución de las leyes o el ejercicio infiel de un empleo público, tiene derecho de suspender un funcionario, este derecho ¿es diferente del de destituir? ¿Es otra cosa, en fin, que una modificación de este último derecho * * *? La opinión pública consagró la prerrogativa del presidente, prerrogativa que ofrece el ejemplo más extraordinario en nuestra historia de un poder confiado implícitamente a la autoridad ejecutiva * * *."

Calvo, en su "Digesto de Derecho Federal," dice: "* * * Esto fué resuelto por la Suprema Corte, Marbury *v.* Madison, y cuando a aquella deci-

sión agregamos la doctrina reconocida por el mismo Tribunal, la Ex-parte Hennen, vemos cuan plenamente el nombramiento y la remoción de los empleados está resuelto que son un *incidente* necesario al Poder Ejecutivo. * * *

El Poder del Presidente para nombrar a empleados, necesariamente incluye el poder de remover todos los empleados nombrados y comisionados por él cuando la Constitución no haya dispuesto otra cosa. * * *

En ausencia de una disposición constitucional o legal el poder de remover parece ser incidental al poder de nombrar. * * * Exponiendo la "Tenure Office Act" por la cual el Poder Legislativo hizo acto de política personal contra el Presidente de la República, recuerda Calvo lo dispuesto en su sección 2ª que establece, en armonía con el principio legislativo de que la remoción sólo puede operarse por quien nombra mediante las mismas formas necesarias al nombramiento, lo siguiente: "Cuando algún empleado nombrado, como queda dicho, con excepción de los jueces de los Tribunales de los Estados Unidos, se demuestre durante un receso del Senado, con satisfactorias pruebas al Presidente, que es culpable de mala conducta en el empleo, o de crimen o por cualquier razón se haga incapaz, esté legalmente incapacitado para desempeñar sus deberes en tales casos y no en otros, el Presidente puede suspender dicho empleado, y designar alguna persona conveniente para que llene temporariamente los deberes de ese empleo * * *."

La "Tenure Office Act," pues, ley interpretativa de la Constitución Americana, reconocía en forma expresa que el Poder Ejecutivo tiene, como función privativa, un poder disciplinario sólo limitado en el ejercicio de su extremo derecho por la condición formal del acuerdo del Senado.

El mismo autor recuerda las opiniones de Madison y Webster. El primero escribía: "La pretensión, sobre el terreno constitucional, de participar en las remociones lo mismo que en los nombramientos de empleados está en directa oposición con la práctica uniforme del Gobierno, desde su principio. Es claro que la innovación, no sólo variaría esencialmente el equilibrio existente en el poder, actualmente, sino que expondría al Ejecutivo algunas veces, a una inacción total, y en todo tiempo a demoras fatales para la debida ejecución de las leyes."

El segundo decía: "El poder de remoción es inherente al Ejcutivo y es deducible del poder de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas. Y el Presidente no puede ser despojado de ese poder."

Cooley, "Derecho Constitucional," sostiene: "El poder para nombrar incluye el poder para remover. * * * El Poder Judicial no puede controlar al Presidente ni a sus empleados inferiores en el desempeño de sus deberes ejecutivos por medio de órdenes, mandamientos o de otra manera * * * Sobre cuestiones políticas las Cortes no tienen autoridad y tienen que aceptar como concluyentes las decisiones de los departamentos políticos del gobierno * * *."

Kent, "Del Gobierno y Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos," dice: "Se estableció en el caso de Marbury *v.* Madison que cuando una persona ha sido propuesta al Senado para un empleo por el Presidente y éste ha recibido el consejo y consentimiento del Senado para dicho nombramiento y ha firmado el despacho, el nombramiento es final y completo y la persona nombrada tiene derecho a la posesión del despacho, y a conservar el empleo hasta que sea removido constitucionalmente. El principio establecido en este caso fué que los actos oficiales de los jefes del departamento ejecutivo, como órganos del Presidente, que son de una naturaleza política y quedan por la Constitución y las leyes a la discreción del Ejecutivo, no están comprendidos en el conocimiento judicial. * * *"

Joel Tiffany, "Gobierno y Derecho Constitucional," dice: "A pesar de que la Constitución nada dice sobre la remoción de un empleado incompetente o

infiel este es un poder tan manifiestamente esencial a una administración prudente y eficaz, que nadie se atrevería a negarlo."

Curtis, "Historia de la Constitución de los Estados Unidos," escribe: "La teoría de nuestro gobierno es que lo que pertenece al Poder Ejecutivo se ha de ejercer por la libre voluntad del Presidente."

Coocker, "El Gobierno de los Estados Unidos," postula: "Es un principio reconocido que el Poder de remoción depende del de nombramiento."

En el "Derecho Administrativo Comparado," Goodnow escribe así: "Aunque las leyes mencionadas (de 1867–1869) debilitaron momentáneamente el Poder presidencial, la facultad completa de separación había existido ya bastante tiempo para definir el puesto y papel del Presidente en el Gobierno nacional y ha servido de un modo incalculable para establecer una Administración eficaz y armoniosa. Los beneficios que produjo la interpretación del primer Congreso fueron sin duda el motivo por el cual se derogaron las leyes de 1867–1869. De esa facultad de separación se deriva la que ha adquirido el Presidente de dirigir e inspeccionar la administración nacional entera. A ella se debe el reconocimiento de su Poder Administrativo."

Según Burgess, "Ciencia Política," "el principal cometido del Presidente respecto a la administración civil es tanto un deber como un poder, a saber: procurar que se ejecuten las leyes. Es el fin primordial para el cual se le confieren atribuciones. Si ninguna disposición expresa de la Constitución hubiese otorgado a ningún cuerpo la facultad de nombrar los funcionarios indispensables para la ejecución de las leyes, podría inferirse que la facultad correspondía al Presidente como consecuencia de su deber de procurar la ejecución de las mismas * * *."

Finalmente Nérinx, en su magistral estudio sobre el *Poder Judicial en Estados Unidos*, determinando la posición de aquél respecto del Poder Ejecutivo, y luego de expresar que le corresponde pronunciar la nulidad—acaso fuera más exacto decir la inaplicabilidad—de actos administrativos que excedan las atribuciones de su autor, dice lo siguiente: "El acto deferido a la censura de la Corte Suprema es uno de aquellos que el derecho público libra enteramente a la discreción política del gobierno, la Corte ha sostenido constantemente que ella no podía apreciarlo. Nadie, en efecto, podrá invocar un derecho a que, por ejemplo, el Presidente sancione una ley o le oponga su veto, a que acuerde o rehuse la gracia de un condenado, a que concluya un tratado o haga un nombramiento."

De esta rápida incursión en el dominio del constitucionalismo americano resulta, en último término, que la facultad de nombrar los funcionarios administrativos es privativa del Presidente de la República como una necesidad de su propia función y una condición ineludible de equilibrio del poder; que por la misma razón tiene, implícitamente, el poder disciplinario que se manifiesta en su forma más grave por la suspensión y la destitución; que si respecto de ésta se ha creído, en alguna circunstancia, conveniente fijar condiciones formales de ejercicio, aquélla, por el contrario, se entendió ilimitada; que ello integra lo discrecional político del gobernante y que, precisamente por esa condición de función política, está vedada a la acción de los jueces.

La Constitución Chilena de 1828 establecía la misma disposición respecto al poder de destituir que la nuestra. Las limitaciones formales que establece no se consideran en la doctrina de aquella constitución más que como garantías a los funcionarios contra lo arbitrario, sin afectar la discrecionalidad del poder. Se ha considerado—Carrasco Albano, "La Constitución política de 1833"—que ello, como la facultad de nombrar, siempre que los funcionarios no entren

en la categoría de los demás poderes políticos, es privativa del Presidente de la República. "Cada poder," expresa Carrasco Albano, "debe tener su administración especial e independiente para que pueda obrar libremente en su esfera. Lo demás es confundir las atribuciones de los diversos poderes sin ninguna razón de conveniencia o necesidad." "Esta atribución," expresa en otro lugar, "sobre todo en la forma unitaria de gobierno adoptada, parece, por punto general, una consecuencia de la naturaleza del cargo del Jefe del Ejecutivo. Como cabeza de la administración, cuyo resòrtes todos debe mover, es consiguiente la atribución de nombrar y remover a su antojo, los agentes de que se sirve."

Por su parte, Huneeus—Obras—comentando la misma disposición, dice: "A nuestro juicio es menester que el Presidente de la República esté investido de la facultad de separar de sus empleos a todos los militares sin excepción y a todos los empleados del orden administrativo que dependan, más o menos directamente, del Poder Ejecutivo central. El Presidente responde de la seguridad exterior del país; responde de la conservación del orden en lo interior; responde de la buena marcha de los servicios públicos generales; de la exacta recaudación de los impuestos, de su recta inversión conforme a las leyes, etc. Justo es, e indispensable aún, que tenga la facultad de separar a todos los empleados que, bajo su dirección superior, están encargados de atender a tan altos intereses * * *."

La Constitución Chilena, pues, que no ha hecho atribución expresa de la facultad de suspender, no ha tenido que hacerla para que ella exista efectiva e incuestionable en el Poder Ejecutivo, tanto como el poder expreso de remover y por las mismas consideraciones de orden orgánico con que se justifican las de nombrar y restituir.

La Constitución Argentina guarda silencio respecto a la facultad de suspender. Sin embargo Vedia, "La Constitución Argentina," reproduciendo el criterio unánime de los comentadores, sostiene que el Presidente es el gran funcionario responsable de la ejecución de las leyes y que el derecho de revocación constituye una parte incidental de ese poder. Y ese derecho de revocación lleva implícito, como ya se ha dicho, el conjunto de potestades que se conocen con el nombre de Poder disciplinario. La Constitución de 1826, antecedente inmediato de la nuestra, no ha mencionado para nada el poder de destituir con relación a los funcionarios inferiores a la categoría ministerial (art. 91). Al establecerlo nosotros no hemos hecho más que seguir a la Constitución Chilena como la siguió Alberdi en su proyecto, calificado con razón, en esa parte, como indisculpable error por desconocer la naturaleza de esa pena disciplinaria. Se consideró siempre, tanto bajo el régimen de 1826 como bajo el de 1819 que la facultad de nombrar llevaba implícita la de hacer uso del poder disciplinario en todas sus formas, hasta la más grave de la destitución.

Si la teoría, el texto y la doctrina de nuestra Constitución, y sus antecedentes más importantes atribuyen al Poder Ejecutivo el poder de nombramiento con todas sus consecuencias naturales; ¿de donde puede inferirse la supuesta facultad judicial de suspender a los funcionarios administrativos?; ¿acaso de la ley común?

La suspensión no es, legalmente, un acto de procedimiento, una medida preparatoria para el juicio criminal. Es siempre, en todos los casos, un acto administrativo, generalmente de orden disciplinario, en algún caso de orden puramente jerárquico, pero en todos función de "discreción política" de la Administración.

Sin embargo, los artículos 31 y 44 del Código Penal, establecen lo siguiente:

"31. No se reputan penas:

"2. La suspensión de los empleados públicos, decretada por las autoridades en uso de sus atribuciones legales o por el Juez durante el proceso o para instruirlo."

"44. La suspensión decretada durante el juicio trae como consecuencia inmediata la privación de la mitad del sueldo al presunto reo, la cual se devolverá en el caso de pronunciarse sentencia absolutoria."

No es necesario llamar la atención sobre la necesidad de excluir toda interpretación de la ley común que signifique una lesión a disposiciones constitucionales, expresas ó implícitas.

Cuando la ley penal habla de suspensión decretada por los Jueces no puede referirse a otra cosa que a la suspensión de funcionarios de la Administración de Justicia únicos respecto de los cuales los magistrados tienen poder jerárquico y disciplinario, como contenido necesario del poder jurisdiccional que en ellos ha sido atribuido.

Cada Juez tiene, ya por derecho propio, ya por delegación, poder jerárquico y disciplinario sobre los jueces inferiores y sobre sus agentes. Y es exclusivamente sobre ellos que puede hacer efectiva uno potestad de "discrecionalidad política."

Es por estas consideraciones que debe concluirse que los jueces no tiene facultad natural ni delegada para suspender a los funcionarios del Poder Ejecutivo sometidos a su jurisdicción; que esa suspension sólo puede ser decretada por el Poder Ejecutivo bajo la sola sanción de su responsabilidad constitucional.

Fuera de estas soluciones arbitrarias tendientes a la reducción de las funciones privativas del Poder Ejecutivo, el Parlamento, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, ha iniciado ya en el país, aunque tímidamente todavía, una política de reducción de poderes discrecionales del gobernante que ha de culminar en la ley general del estatuto de los funcionarios, mediante la cual los servidores de la administración quedarán a cubierto de sugestiones que, conspirando contra su independencia cívica, dan al Poder Ejecutivo una fuerza política incontrastable.

La ley de noviembre 7 de 1910, creando la Asistencia Pública Nacional, perfeccionando el sistema de provisión de cargos técnicos vigente en la Universidad de la República y en la Dirección de Instrucción Primaria respecto de profesores y maestros, establece, en su artículo 10, incisos 2°, 3° y 4° lo siguiente:

2°. Los empleados técnicos sólo serán propuestos, en general, previo concurso.

El concurso será: A) de méritos, servicios y títulos científicos; y B), de oposición. Este sólo se realizará en el caso en que el primero no suministre suficiente base de juicio. Estos concursos estarán a cargo de un tribunal compuesto de médicos de las dependencias de la Asistencia Pública presidido por uno de los profesores de Clínica de la Facultad de Medicina.

3° En caso de necesidad el Director de la Asistencia Pública podrá proponer directamente y sin concurso, empleados técnicos interinos.

Este interinato no podrá durar, en ningún caso, más de un año.

4°. En caso de competencia notoria, el Director podrá proponer el nombramiento directo de empleados técnicos en propiedad, si el Consejo reconociera en el candidato aquella cualidad, por los dos tercios de votos.

El Banco de la República ha determinado en los artículos que transcribo de su Reglamento Interno, las siguientes condiciones de admisibilidad a los empleos:

Art. 69. Los empleados que ingresen al Banco lo harán por los cargos de Auxiliar.

Art. 70. Los ascensos serán efectuados teniendo presente la competencia, buena conducta y antigüedad en el servicio.

ART. 71. Para ser nombrado Auxiliar se requieren las siguientes condiciones:

(a) Tener de 18 a 25 años.

(b) Ser de estado soltero, siempre que el candidato no justifique contar con otros recursos además de su sueldo.

Esta condición será tambien exigible en el ejercicio del cargo, salvo resolución especial del Directorio.

(c) Gozar de buena salud. Para atestiguarla, el candidato deberá someterse a un examen médico que se hará por el facultativo que el Banco designe.

(d) Tener la competencia necesaria, la que se acreditará por medio de un examen que será rendido en la Casa Central, de conformidad con los programas formulados al efecto y ante un tribunal examinador compuesto del Sub Gerente o Contador General y dos empleados superiores designados por la Administración. Además del examen, el candidato será sometido a la prueba de un mes de práctica en las Oficinas del Banco, con goce de sueldo si fuera aceptado, pudiendo el Directorio eximirle de dicha prueba en los casos de notoria suficiencia.

ART. 72. Las personas que habiendo sido designadas para ocupar un cargo en el Banco por el Directorio no hubieran rendido examen satisfactorio no podrán ser nuevamente propuestas hasta transcurridos seis meses desde la fecha del examen.

Últimamente el diputado D. Francisco S. Bruno ha sometido a la consideración de la Cámara de que forma parte un proyecto de ley sobre provisión de empleos escolares. Ese proyecto que ha dado mérito a debates acalorados en la prensa establece un conjunto de condiciones necesarias para llenar los referidos empleos, mediante las cuales se busca suprimir la acción funesta de las influencias, de orden político especialmente, de que deben sustraerse, en el ejercicio de un poder más o menos discrecional, las autoridades encargadas de proceder a aquellos nombramientos. En el proyecto Bruno se establece:

ARTÍCULO 1. La provisión de los puestos de carácter escolar se verificará, en lo sucesivo, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

ART. 2. La ocupación de cualquier empleo escolar requiere, en el aspirante, la posesión del diploma correspondiente a la categoría respectiva. Sólo en casos excepcionales y en virtud de la falta de concurrencia de maestros diplomados, podrá ser acordado, con carácter provisional, a personas sin título, previo examen de competencia a que serán sometidos por las autoridades escolares.

ART. 3. Todos los maestros tienen el derecho de aspirar a ocupar los puestos escolares a que se refieren sus títulos; pero la Dirección General de Instrucción Primaria, requiriendo informes de sus autoridades dependientes, propondrá al Poder Ejecutivo, para su designación, al maestro que, por sus antecedentes, título, extensión y calidad de servicios, se haga acreedor de la promoción o al nombramiento.

ART. 4. Cuando la información a que se refiere el artículo anterior no pueda cumplirse por que los aspirantes carecen de actuación escolar, la Dirección General los someterá, en distintas escuelas, a una prueba práctica que podrá durar hasta tres meses. Satisfecho ese requisito, solicitará el nombramiento del que, a juicio del respectivo Inspector Departamental, haya demostrado mayores aptitudes para el cargo.

ART. 5. No podrán ser designados Inspectores o Sub-Inspectores de Instrucción Primaria los maestros que, por lo menos, no tengan el titulo de 2° grado y no hayan ejercido la Dirección de una escuela en un término mínimo de tres años.

ART. 6. Se considera formando parte de la buena calidad de servicios, a los efectos del artículo 3 de esta ley, toda gestión que, realizada por los

maestros en la escuela o fuera de ella, tiendan a prestigiarla o a favorecer el desarrollo de su misión. Son igualmente factores que acreditan superioridad de servicios, la progresión creciente de alumnos matriculados y el máximum de la asistencia media. La situación contraria produce efectos negativos, y la apreciación en todo caso, corresponde a los Inspectores y Comisiones Departamentales de Instrucción Primaria.

Art. 7. El cumplimiento de esta ley implica el ascenso en razón de méritos y antigüedad.

Art. 8. Quedan suprimidos los concursos escolares y las llamadas pruebas de competencia, salvo el caso a que se refiere el artículo 2 de todas las iniciativas parlamentarias para completar, en ejercicio de sus facultades privativas, la garantía constitucional de la inamovilidad de los funcionarios públicos mediante reducciones a la discrecionanidad de la administración por medio de reglas jurídicas precisas, ninguna es tan completa y eficaz como la sometida a la aprobación de la Cámara de Diputados en julio de 1913 por su Comisión de Legislación informando el proyecto de ley de reorganización de Correos, Telégrafos y Teléfonos iniciado por el Poder Ejecutivo.

Al fundarlo el diputado Juan José Amézaga, miembro informante de la Comisión, expresó, haciendo referencia al capítulo VI del proyecto, relativo al Estatuto de los funcionarios, que "además de los problemas de orden técnico se presentan los otros problemas, que son muy graves, los problemas de orden político que obligan a meditar sobre el acrecimiento de la legión de funcionarios dependientes de la administración pública y sobre los cuales ejercen las autoridades directivas de los servicios públicos, presiones de orden electoral, presiones que se traducen, como es natural, en una desnaturalización del sufragio."

Contra esas funciones que corrompen al electorado y quiebran la disciplina de la administración; contra los procedimientes discrecionales que las mantienen al servicio de intereses políticos y en prejuicio del funcionamiento de los servicios públicos, contra el favoritismo impuesto como norma en la aplicación de la fórmula igualitaria del artículo 10 de la Constitución de la República que reconoce en todos los ciudadanos capacidad de derecho para ser llamados a los empleos públicos, la aplicación de la fórmula democrática aconsejada a la Cámara de Diputados en 1913 y en vísperas de ser adoptada como ley de la República, será de indudable eficacia y acaso deberá ser considerada en la historia política del país como el acto de más trascendencia llevado a término por el Parlamento para reducir la influencia política de los gobernantes y librar a la administración de sus poderes arbitrarios.

Ese proyecto de estatuto comprende las siguientes disposiciones:

Art. 27. El Consejo de Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos se ajustará respecto de todos los empleados y funcionarios de su dependencia a lo que disponen los artículos siguientes:

Art. 28. Todos los empleos presupuestados de la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos se proveerán necesariamente por concurso, a excepción de aquellos cargos de naturaleza especial que designará el Reglamento General y que se llenarán por su elección previo examen y aprendizaje.

Art. 29. Las personas que pretendan ser sometidas al concurso en calidad de aspirantes, deberán acreditar:

1°. Ciudadanía, a excepción de los cargos técnicos que expresamente se indicarán en el Reglamento General.

2°. Condiciones de aptitud física, de acuerdo con el mismo Reglamento.

3°. Condiciones de orden moral que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones del mismo Reglamento.

4°. Disponer de fianza bastante a disposición del Consejo para ocupar empleos de Tesorería, y, en general, los cargos que exijan manejos de dineros o valores, todo de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General.

5°. Condiciones de capacidad mediante examen o presentación de título, diplomas o certificados de las escuelas primarias o especiales del Estado, de acuerdo con lo que determina el Reglamento General.

6°. Estar inscripto en el Registro Cívico.

7°. Estado de prueba o aprendizaje.

ART. 30. Todo aspirante excluído del concurso tiene el derecho de conocer las causas de su exclusión.

ART. 31. El concurso será:

(A) De mérito, servicios y títulos científicos.

(B) De oposición.

Este último se realizará en caso de que el primero no suministre suficiente base de juicio, y también respecto de los empleos que así lo disponga el Reglamento General.

ART. 32. Estos concursos estarán a cargo de un tribunal compuesto de cinco miembros, tres designados por el Consejo de Administración y dos por la Dirección de Instrucción Primaria, que se constituirá toda vez que sea necesario.

ART. 33. En casos de urgencia el Consejo podrá designar directamente los empleados sin aguardar las resultancias del concurso, el cual deberá verificarse necesariamente antes de un año transcurrido después de hecho el nombramiento. Este tendrá carácter interino y no dará derecho a ninguna clase de empleos. La persona designada interinamente, si es extraña al personal de Administración tendrá derecho a una remuneración igual a las tres cuartas partes del sueldo del titular, y si forma parte de la misma Administración sólo percibirá la remuneración del empleo titular que desempeña. En este último caso, al verificarse el concurso y adjudicarse definitivamente el empleo vacante, se ordenará que se liquide a favor del empleado que desempeñó interinamente el cargo, la diferencia de sueldo.

ART. 34. El Reglamento General fijará la época del año en que se realizarán los concursos de aspirantes que deseen ingresar en la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos.

ART. 35. A los efectos del ascenso, los empleados se clasificarán en el Reglamento General en un cuadro especial, dividiéndose en categoría y en grados dentro de cada categoría.

Un empleado no podrá ascender a una categoria superior sino de conformidad con el artículo 27. Sin embargo, en caso de igualdad de condiciones entre dos aspirantes, se preferirá al de mayor grado y antigüedad. Dentro de una misma categoría procederá el ascenso de grado a grado y por antigüedad.

ART. 36. Serán destituídos los empleados que cometan los delitos previstos en la sección V del título 2° del libro 2° del Código Penal.

Serán también destituídos los empleados que no guarden absoluto secreto de los hechos de que han tenido conocimiento en el ejercicio de su empleo, y cuya divulgación sea causa de perjuicio posible para el Estado, la Administración o los particulares.

Los empleados que violen los deberes a que se refiere el inciso 2° de este artículo serán castigados por la justicia ordinaria con pena de inhabilitación absoluta de cuatro a seis años. Todo sin perjuicio de las acciones penales o civiles a que pudiera haber lugar con arreglo a las leyes vigentes.

ART. 37. Los empleados de todas las categorías y grados tendrán derecho a una licencia con sueldo de quince días por año. El año se contará desde 1°

de enero al 31 de diciembre. La licencia será acordada por el jefe de la Oficina con conocimiento del Director General. Esta licencia podrá acordarse en uno o varios períodos según las necesidades del servicio.

El Director General, en ciertos casos que se determinarán en el Reglamento General, podrá acordar licencias extraordinarias con sueldo que no excederán de diez días en el año.

En caso extraordinario el Consejo podrá acordar licencias especiales que no excederán de diez días con sueldo y de veinte días sin sueldo.

Art. 38. La jornada máxima de trabajo de los empleados de la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos será determinada en el Reglamento General.

Art. 39. Todos los empleados de la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos tendrán derecho a un reposo de un día por semana. El Reglamento General determinará a los efectos de este artículo los turnos que correspondan.

Art. 40. Los empleados menores de 16 años tendrán una jornada máxima de seis horas de trabajo. No se admitirán empleados que no acrediten haber terminado los estudios de primer grado en las Escuelas del Estado. El trabajo de los menores se regirá por un reglamento especial que dictará el Poder Ejecutivo previo informe de la Oficina del Trabajo y del Consejo Nacional de Higiene.

Art. 41. El trabajo de las mujeres se regirá también por un reglamento especial que dictará el Poder Ejecutivo después de oir los dictámenes a que hace referencia el artículo anterior. La jornada de trabajo de las mujeres no excederá de ocho horas por día. La Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos es civilmente responsable de todos los accidentes que ocurran a sus empleados a causa del trabajo o con ocasión del mismo. Esta responsabilidad se hará efectiva en la forma que determine la ley sobre accidentes del trabajo que oportunamente se dicte.

Art. 42. En caso de enfermedad debidamente comprobada por un médico de la dependencia de la Dirección General de Correos, Telégrafos y Teléfonos, o de accidentes ocurridos fuera del servicio e igualmente comprobados, los empleados tendrán derecho a percibir una indemnización igual a la mitad del salario o remuneración que disfrutaba la víctima en el momento del accidente. Todo sin perjuicio de lo que dispone el artículo 45.

Art. 43. Los empleados no podrán aceptar ningún empleo ni comisión ajena a la Administración, sin autorización especial del Director General. El Director General deberá dar cuenta al Consejo de esas autoridades, y se estará siempre a lo que esta Corporación resuelva sobre el particular.

Art. 44. El 20 por ciento de las utilidades que por el artículo 13 se destinan en beneficio del personal, será empleado:

(A) En gratificaciones en favor de los empleados del personal que por razón de su falta de capacidad o por razón de su especialización no puedan ascender a un empleo superior (art. 35).

(B) En las instituciones de provisión en favor de los empleados y especialmente en el establecimiento de un servicio médico y farmacéutico en favor del personal y sus familias.

Art. 45. No podrán participar de los beneficios del inciso A, del artículo anterior:

1°. Los empleados que no cuenten en el año nueve meses completos de servicios efectivos.

2°. Los empleados que contando con más de seis meses no alcanzaran a los nueve, podrán obtener gratificación siempre que así lo resuelva el Consejo de Administración en atención a causas de enfermedad debidamente comprobadas.

3°. Los empleados que hayan observado mala conducta.

Art. 46. El Consejo de Administración, en casos excepcionales y para recompensar actos de contracción, de vigilancia o de probidad extraordinarios, podrá acordar premios en dinero que se harán conocer publicándolos en los cuadros de servicios.

Art. 47. Las penas disciplinarias aplicables al personal son las siguientes:

1°. Llamamiento al orden por el Jefe de Servicio.

2°. Llamamiento al orden por el Director General.

3°. La suspensión sin goce de sueldo de uno a diez días.

4°. La suspensión sin goce de sueldo por más de diez días.

5°. La suspensión sin goce de sueldo con inscripción en el cuadro o libro del personal.

6°. La destitución.

Art. 48. Las penas del inciso 1° serán aplicadas por el Jefe de Servicio, las de los incisos 2° y 3° por el Director General y las de los incisos 4° y 5° por el Consejo de Administración.

Art. 49. El empleado suspendido con inscripción de su suspensión en el cuadro del personal, pierde su antigüedad a los efectos de los ascensos, y tampoco puede optar a los puestos que se saquen a concurso. Esta pena será aplicada por el Consejo de Administración después de levantarse un sumario que será personalmente instruído por el miembro del Consejo que esta corporación designe.

Art. 50. La destitución de los empleados presupuestados será solicitada por el Consejo de Administración del Poder Ejecutivo, el cual recabará el acuerdo correspondiente del Senado o de la Comisión Permanente en su receso.

Art. 51. Antes de elevar al pedido a que se refiere el artículo anterior, el Consejo de Administración levantará un sumario en la forma establecida por el artículo 49.

Art. 52. Todo empleado que comprometa la ejecución de servicios o que cometa una falta grave, puede ser inmediatamente suspendido por el Jefe de Servicios, el cual dará cuenta en el día a la Dirección General a los efectos de los artículos 47 y siguientes.

Art. 53. Los empleados que sean designados para desempeñar los cargos electivos del Consejo quedan suspendidos legítimamente en el ejercicio de sus funciones. Terminado su período, volverán a desempeñar el cargo que en carácter efectivo desempeñan en la Administración.

Mientras ejerzan las funciones de miembros del Consejo, serán reemplazados en su cargo titular por la persona que éste designe.

Y ampliando todavía estas garantías, por sí solas eficaces, aunque pueda decirse, con éxito, que exceden los legítimos dominios de la ley en cuanto imponen a la administración, contra su facultad ilimitada de nombramiento, dos funcionarios elegidos por el personal del servicio, el doctor Amézaga obtiene de la Cámara la aprobación del siguiente artículo complementario que crea un recurso jurisdiccional en sustitución del acaso más procedente ante Consejos de disciplina en cuanto el recurso pueda interponerse contra actos que lesionan sólo expectativas de derecho y no derechos adquiridos.

Dice así el artículo:—

"Contra las resoluciones del Consejo de Administración o del Poder Ejecutivo, que violen los derechos consagrados por las disposiciones de la presente ley, los empleados perjudicados podrán interponer, dentro del término de treinta días, el recurso de contencioso administrativo ante el Juzgado de Hacienda. Este recurso se sustanciará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para las auxiliatorias de pobreza."

Mediante estas reglas de derecho, y sin llegar a la solución radical aconsejada por el diputado socialista Dr. Emilio Frugoni, que quería, reduciendo a cinco el número de miembros del Consejo, reducir a uno el de los miembros a designarse por el Poder Ejecutivo con lo que vendría a quedar, casi en absoluto, la función librada a los funcionarios y el Poder Administrador excluído como tal poder en el ejercicio de funciones administrativas que son, por definición, de su competencia exclusiva, se realiza ampliamente la conciliación entre el derecho de la administración y el interés, jurídicamente garantido, de los funcionarios.

Realizada en tal forma la descentralización administrativa mediante la institución de corporaciones directivas de los servicios con representación de los funcionarios y eliminadas, mediante el estatuto, todas las causas de desorganización de la Administración y de corrupción política de los funcionarios, se atenúa la arbitrariedad del poder político, se asegura el regular funcionamiento del gobierno representativo, el equilibrio orgánico de la democracia.

Esta solución, y tanto como ésta la que defiendo en el número siguiente, son hoy necesarias, más necesarias que nunca, diré reproduciendo los términos con que el Dr. Amézaga defendía: (1°) "Porque el ejército de empleados del Estado sigue creciendo en proporciones alarmantes y da cada vez en proporciones más crecidas a los jefes de la Administración Pública el capital electoral, que a fuerza de ser muy poderoso concluye por convertirse en un peligro para el verdadero funcionamiento de las instituciones democráticas; (2°) organizada por el estatuto de los funcionarios la carrera administrativa por la determinación de condiciones rigurosas de nombramiento, ascenso y ejercicio de la potestad disciplinaria, quedará notablemente reducido el poder arbitrario del Presidente de la República.

Pero fuera un error creer que con ello se llega a la anulación del poder político de esa magistratura nacional con que es investido necesariamente, en América, un Jefe de Partido o por lo menos un elemento dirigente de una agregación partidaria.

En ese sentido está hecha la experiencia en aquellos pueblos que han asegurado, mediante garantías constitucionales, la inamovilidad de los funcionarios públicos y que han visto fundar en su fuerza electoral, sin embargo. las mayores aberraciones del gobierno representativo, la influencia tan decisiva como ilegítima de los gobernantes en la constitución de las Asambleas legislativas y la sustitución de un régimen de soberanía nacional por los poderes personales del Jefe de Estado.

Semejante subversión del régimen representativo que ha desnaturalizado la democracia americana obliga a pensar en la conveniencia de establecer restricciones constitucionales a la libertad política de los funcionarios como medio de garantir la libre acción de los partidos políticos en la constitución del poder público.

Es cierto que el electorado moderno, repudiando el régimen censitario y orientado definitivamente hacia el sufragio universal, único conciliable con las aspiraciones democráticas, reduce al mínimum las condiciones necesarias al ejercicio de aquella función. El índice de la capacidad es para unos el hecho de saber leer y escribir, para otros la posesión de un certificado de enseñanza primaria, para los más avanzados partidarios de la democracia integral el solo hecho de no estar notoriamente al margen de la normalidad. Pero, cualesquiera que sean las condiciones legales que la manifiesten, ellas traducen un mismo concepto de capacidad la dosis mínima de experiencia y de ciencia de las necesidades del país y la posibilidad de discernir, aun vagamente, quiénes afirman en el *demos* una individualidad superior capaz de sustituirse a la ge-

neral incapacidad para prestar atención a aquellas necesidades. Capacidad de un orden especial puede afirmarse que no guarda una relación necesaria y directa con el grado de desenvolvimiento cultural de cada individuo. Están en la lógica del Derecho Político la severidad augusta del campesino rudo que ha llenado a conciencia el deber del sufragio y las inquietudes torturantes de Taine incapacitado por escrúpulos de conciencia de llegar al pie de una urna para llenar igual función democrática. ¿Escapa al funcionario esa capacidad de experiencia y esa posibilidad de discernir las superioridades relativas, necesarias para realizar la selección que impone el gobierno representativo? Porque si en ello consiste toda la cuestión de la capacidad para el electorado nada autorizaría a creer que deba plantearse en otros términos con relación a los funcionarios desde que es una misma la función para la cual se exige.

Parece ser, en efecto, una exigencia ineludible de la democracia que la aptitud del elector se ha de medir siguiendo una regla que no transforme una función eminentemente social en patrimonio exclusivo no ya de una minoría sino aún de una mayoría imponente. La regla es la general capacidad.

La excepción, tanto más reducida cuanto más bajo es el índice de la cultura general, es la incapacidad de quienes, por razón de anormalidad, no pueden comprender la significación social del acto que deben realizar.

Si el analfabetismo como impedimento para el sufragio sólo puede ser considerado como sanción política injusta al incumplimiento del deber de instruirse, o como medio de hacerlo efectivo, o como eliminación de un verdadero caso de patología social en sociedades de avanzada cultura general desde que ello no es índice necesario de capacidad electoral; si no se excluye del electorado, acaso con la sola excepción de las legislaciones de Baviera y de algunos cantones suizos, al pródigo y al asistido de Consejo judicial que revelan una incapacidad orgánica para administrarse; si la mayoría de los electores, ya por insuficiencia de los medios de cultura, ya porque se ha hecho criminal abandono del más alto deber democrático, o no se ha realizado, en su cumplimiento, un plan racional de distribución escolar, ya por razones más dolorosas de orden económico, no han recibido el mínimum de enseñanza que integra los programas de instrucción primaria, parecería absurdo fundar una incapacidad electoral especial a los funcionarios, cuyo perfeccionamiento cultural debe suponerse, en tesis general, acreditado por la selección administrativa.

Los funcionarios se presentan, ante el problema del sufragio, como hombres inteligentes, con intereses morales, intelectuales, económicos, que deben ser garantidos y que fundan, en principio, su derecho a cooperar en el ejercicio de esa función social de garantía de los derechos de la personalidad.

Pero debe reconocerse que, aún resuelto este aspecto del problema, y, por su solo planteamiento, en sentido favorable al sufragio de los funcionarios, el problema subsiste todavía dado que para el ejercicio de la función del sufragio no basta esa capacidad de experiencia desde que se exige además de todo elector el mínimun de independencia necesario a la libre comisión del voto.

¿Gozan de ella los funcionarios al punto de sentirse garantidos contra todo acto de presión oficial?

Hombres de todos los partidos políticos y gozando del beneficio constitucional de la inamovilidad integran el personal de la administración pública en el Uruguay. Constitucionalmente su capacidad política es sin restricciones y de hecho intervienen activamente en las agitaciones de la vida pública, desde el club y la prensa hasta el comicio, sosteniendo las fórmulas electorales extremas. Su estabilidad en la administración no es comprometida por ello y no lo serán, dentro de un régimen legal, sus expectativas de ascenso una vez sancionado el Estatuto de los funcionarios. Acaso fuera ésto suficiente para concluir en su

plena capacidad cívica y en la inconveniencia de una restricción electoral, opuesta al concepto democrático del sufragio.

Median, sin embargo, circunstancias de orden especial contrarias a esta solución, circunstancias que me atrevo a afirmar no son características del Uruguay, sino definidamente americanas.

Está en los funcionarios la fuerza política más eficiente sobre que se afirma el gobierno de partido; constituyen aquéllos, en democracias en que la vida política es poco intensa, en que cuerpos electorales reducidos hacen general abandono del derecho de sufragio, los elementos de que disponen los comités políticos para organizar el comicio explotando la amoralidad cívica general.

Esta pobreza cultural en materia política hace peligroso el ejercicio del sufragio por los funcionarios públicos, más inclinados a considerarse agentes necesarios de subversión electoral y a cifrar en la eficacia de esa acción sus progresos en la carrera administrativa que verdaderos funcionarios obligados por la naturaleza de sus cometidos a una gestión impersonal.

El sufragio de los funcionarios es, para la América, el instrumento de las dominaciones personales u oligárquicas y defenderlo en esas condiciones por adhesión doctrinaria al sufragio universal no es más que una lamentable ilusión democrática.

No es posible desconocer que es la afirmación objetiva del sufragio universal pleno, comprensivo de todas las fuerzas sociales que hará más legítima la representación y más sagrada la ley; que la justicia de la ley está condicionada por la justicia del sufragio, por la no exclusión de los que en él deben intervenir; que mediante el sufragio universal, realmente universal, el fundamento de la ley será el asentimiento efectivo de la mayoría real del país; que marcarse aun por vía indirecta, como lo es el sufragio, su propia ruta, decidir las cuestiones que afectan a la existencia, a la felicidad, a la dignidad y a la cultura propias constituye la realización del programa de la democracia, asegurar la armonía social en la libertad y en el orden.

Pero es siempre necesario volver a la realidad del derecho electoral, como función social sólo accesible a quienes necesitando la garantía de la ley, gozan de las dos condiciones indispensables a su ejercicio consciente y libre.

Desde que la liberdad política de los funcionarios está, en general, y a pesar de las garantías constitucionales y legales, seriamente comprometida, más que por la acción corruptora de los gobernantes, que no han llegado a organizar en la mayoría de estos pueblos la subversión sistemática del sufragio que caracteriza a sociedades de mayor tradición democrática, por la general amoralidad cívica que ha hecho pensar en el fracaso de las instituciones representativas, la exclusión de los agentes administrativos concurrirá a dar al sufragio su pureza necesaria y a asegurar el porvenir democrático de la América.

En dos aspectos ha sido encarado, históricamente, el problema de la gestión política de los funcionarios y me aventuro a afirmar la conveniencia de una doble solución negativa para la América.

Formulando una distinción precisa entre funcionarios políticos y los que no lo son fundada en la misión reconocida a los primeros de dirigir la política general del gobierno, lo que da a su situación administrativa un carácter necesario de amovilidad, y en el carácter puramente ejecutivo de los últimos que justifiqua su estabilidad en la administración, a pesar de todas las crisis políticas y de las necesarias renovaciones gubernamentales, se ha considerado, respecto de estos que su exclusión parlamentaria es condición de su abstención de las luchas políticas y de la permanencia de sus cargos y que esa reserva política y esa permanencia de los cargos deben concluir por asociarse.

Justifica esta solución, Lawrence Lowell, el ilustre profesor de Harvard, en su estudio sobre el gobierno de Inglaterra, expresando que: "de una parte, es

manifiesto que las funciones no pueden ser puestas al abrigo de los cambios de partido más que si los titulares no contribuyen de una manera activa a provocar estos cambios y, de otra parte, si son condenados a perder sus puestos a consecuencia de una derrota electoral del partido en el poder, ellos harán ciertamente lo posible para apartar esta catástrofe."

Recuerda el eminente publicista americano que, en Inglaterra, la abstención y la permanencia han sido obtenidas y garantidas más que por un mandato legal por un sentimiento tradicional que no exige para imponerse la subsistencia de viejas restricciones legislativas.

Bajo la reina Ana, en 1710, era castigado con multa y revocación el funcionario postal que "por palabra, mensaje, escrito, o cualquier otro medio, haya tentado persuadir o disuadir a un elector de dar su voto para la elección de una persona cualquiera * * * en vista del mandato parlamentario" (v. Lawrence Lowell, I, p. 178 in nota). Sin embargo de la importancia de estas restricciones, ellas no han debido tener la plena eficacia que se esperaba dado que en 1782, bajo Jorge III, se ampliaban no sólo las categorías de funcionarios sino las mismas reservas políticas llegándose a la total exclusión del sufragio, reservas que aún se mantienen para la Irlanda y para los funcionarios que presiden las operaciones electorales.

Lowell, que recuerda estos precedentes, agrega las siguientes consideraciones que llevan implícita la afirmación de que el sufragio de los funcionarios es uno de los mayores peligros de la democracia.

Dice: "Inglaterra acordó el derecho de voto a sus funcionarios en el momento mismo en que extendía el sufragio y aumentaba el número de los funcionarios. Ciertos países han sentido vivamente el peligro que reside en el gran número de los empleados del gobierno. Este ha sido particularmente el caso de las democracias nuevas de la Australia con sus ejércitos de funcionarios públicos en los ferrocarriles del Estado; y, en efecto es la presión constantemente ejercida sobre el poder legislativo en favor de esta clase que, en 1903, determinó a la república de Victoria a revisar su legislación electoral. Los empleados del Gobierno no han sido completamente privados del derecho de sufragio, pero se les ha quitado el derecho de votar en las circunscripciones ordinarias y se les ha dado un representante en el Consejo Legislativo y dos en la Asamblea, elegidos los tres exclusivamente en su propia clase."

La solución de Victoria no armoniza con los principios del gobierno representativo basado necesariamente en la relación numérica de los electores y que repudia la representación de clases. Tampoco es de América la forma de presión electoral contra la que reacciona el régimen legal de 1903, pero no es aventurado reconocer como uno de los males más graves de la democracia americana la acción del funcionarismo como causa eficiente de subversión política y de desequilibrio constitucional.

Los Ministros en América no se verán como Austen Chamberlain en 1903, cita de Lowell, solicitados por diputados de la mayoría y de la oposición para protegerlos en el ejercicio de su mandato contra la presión de las funcionarios, porque la acción política de los funcionarios en América no está organizada para dominar o hacer presión sobre los parlamentos, sino para constituirlos bajo la inspiración de los elementos dirigentes de la política gubernamental.

Esta diversidad fundamental en la forma de acción política justifica plenamente la solución inglesa de excluir a los funcionarios de la lucha activa de los partidos sin eliminarlos del electorado y la extensión de esa fórmula a la total radiación de los agentes administrativos de los registros cívicos en América.

Para los Estados Unidos la aplicación de la fórmula puede admitir los fundamentos de Lowell en cuanto se refiere a los funcionarios no permanentes de la administración que no sean al mismo tiempo funcionarios políticos.

Allí, en efecto, la acción política de los funcionarios está generalmente condicionada por su amovilidad. La sustitución, en la gestión del agente, del rol puramente administrativo por la función política ha explicado la renovación casi integral del personal administrativo a cada trasmisión del mando presidencial. Absorbidos por las organizaciones de partido han sido siempre elementos necesarios de corrupción electoral.

Explícase así la resistencia del Senado en 1888 al bill Critttenden, historiada por Ostrogorski, resistencia que encuentra su fórmula en el concepto reproducido por este publicista de un diario de la época: "La política es el negocio del funcionario al mismo título que la agricultura lo es el del *farmer*. Es su oficio, la profesión que lo hace vivir * * *;" justifícanse así el fracaso de Hayes en su reacción contra la subversión política hecha régimen y en sus propósitos de mejoramiento de la administración pública; de Charles Sumner en 1864, de Jenckes desde 1867, de Grant y de Curtis, de Easton en 1880, de la Liga presidida por Curtis en 1881 y las alternativas en la aplicación de la ley propuesta por Pendleton y aprobada en 1883 que reduce los efectos funestos de las revocaciones arbitrarias; las violencias de Conkling contra Garfield; la inutilidad de la circular de Cleveland de 14 de julio de 1886, la organización de la extorsión en la contribución forzada de los funcionarios al tesoro de los partidos, la enérgica reacción nacional traducida en la ley de 1883 sobre servicios federales antes citada; la penetración, en fin, de la vida pública americana, según la palabra de Ostrogorski, y por obra del Caucus, del industrialismo de que el tráfico de los empleos no fué más que el primer término.

En el Uruguay el problema de la acción política de los funcionarios ha sido planteado en los últimos tiempos como arma política contra la revisión constitucional y como medio de desautorizar la gestión de sus últimos gobernantes que han realizado un vasto programa de reacción en materia política y de legislación, determinando nuevas y firmes orientaciones a las fuerzas políticas y económicas del país.

Se ha afirmado, durante los debates ocurridos en torno al proyecto de ley de elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, la necesidad democrática de restringir la capacidad cívica y aun de suprimirla respecto de determinadas categorías de funcionarios.

La doctrina no es nueva en el país. Respecto del personal de policías ha regido hasta hace poco tiempo el siguiente decreto, dictado por el Poder Ejecutivo, en julio 11 de 1910 bajo la administración Williman:

> *Considerando*, Que es función primordial de la policía guardar el orden en todas las circunstancias y muy especialmente en aquellas en que entran en juego las pasiones y los intereses políticos y que para alcanzar el conveniente desempeño de esa función conviene mantener alejados a los individuos que la componen de toda participación activa en la vida de los partidos que no sea indispensable para el tranquilo ejercicio de sus derechos de ciudadanía, el Presidente de la República decreta:
>
> ARTÍCULO 1. El personal de Policía a que se refiere el artículo 1 de la ley de Organización Policial de 6 de julio de 1874, deberá de abstenerse de formar parte de Comisiones o Clubs Políticos, de subscribir manifiestos de partidos y, en general, de ejecutar cualquier otro acto público de carácter político que no sea necesario para el ejercicio de los derechos de la ciudadanía.

Este régimen, notoriamente extra constitucional, pero que respondía a una aspiración política nacional que buscaba extremar las garantías de sufragio fué derogado en la administración Battle y Ordoñez por decreto de julio 2 de 1913, no

en razón de su inconstitucionalidad sino como fórmula de una política liberal que propiciaba la intervención del mayor número en la agitación política provocada por la reforma constitucional.

Sin participar de la doctrina política del decreto, aunque creyendo en la absoluta honestidad de propósitos que lo informa, creo que él encierra una solución necesaria dentro del régimen constitucional de mi país que no autoriza limitaciones arbitrarias a la capacidad política de los ciudadanos.

Los fundamentos expresados por el Poder Ejecutivo, contrarios en absoluto a la tesis que sostengo, dicen así:

Considerando, Que no hay incompatibilidad entre el desempeño de la función primordial de la Policía que es guardar el orden en todas las circunstancias y la participación de sus agentes en el funcionamiento regular de los partidos;

Considerando, Que no hay inconveniente en que el personal policial, siguiendo sus propias inspiraciones, forme parte de Comisiones o Clubs Políticos y tome participación en los actos partidarios que son una de las tantas manifestaciones ostensibles de la vida nacional;

Considerando, Que hay verdadero interés público en que el mayor número de ciudadanos tome participación activa en los movimientos políticos y de opinión y se interesen en las cuestiones y problemas que afectan al país, único medio eficaz y práctico para que se orienten cívicamente y adquieran la preparación indispensable a fin de que sus actos sean la expresión sentida y libre de la actividad ciudadana. * * *

Al mismo tiempo que se reintegraba a los funcionarios policiales en su plena capacidad cívica, por otro Ministerio, el de Instrucción Pública, se daba igual solución al mismo problema con relación a los funcionarios de la administración escolar, en los siguientes términos que explican al mismo tiempo el régimen a que estuvieron aquellos sometidos desde 1877:

Considerando, Que el artículo 52 de la ley de Educación Común atribuye a la Dirección General de Instrucción Primaria la reglamentación de sus disposiciones; que en uso de esa facultad, la Corporación sólo se halla habilitada para adoptar las providencias que reclame el cumplimiento o la ejecución de dicha ley, pero carece de competencia para imponer restricciones a los derechos políticos de los funcionarios de su dependencia, derechos cuyo libre ejercicio no puede sufrir otras limitaciones que las que resulten de prescripciones legales expresas; que, en consecuencia, el artículo 20 del Reglamento del 25 de Septiembre de 1877, en cuanto prohibe al Inspector Nacional y a los Inspectores Departamentales intervenir en la política militante del país, importa una extralimitación de funciones, desde que la ley reglamentada no establece esta prohibición, ni la autoriza en forma alguna: por estos fundamentos el Poder Ejecutivo resuelve, declarar que la disposición contenida en el artículo 20 a que se ha hecho referencia, no ha podido ser adoptada por la Dirección General de Instrucción Primaria en uso de las facultades meramente reglamentarias que le acuerda el artículo 52 de la ley de Educación Común.

La restricción impuesta por el artículo 20 del decreto ley de 25 de Septiembre de 1877 era una defensa de la escuela primaria contra las subversiones de una época nefasta de torpe despotismo, porque atravesó el país siguiendo el destino atormentado de todas las democracias americanas. Ese régimen político es ya del dominio de la historia, pero la restricción se mantuvo por los fundamentos que expresa la siguiente nota circular de la Dirección General de Instrucción Primaria de 6 de junio de 1898:

Considerando, Que el interés general reclama imperiosamente vincular a la instrucción pública el concurso de todos los habitantes del país y sin distinción de opiniones políticas, haciendo de la escuela primaria un campo neutral, donde se excluya sistemáticamente en absoluto toda tendencía de carácter partidista;

Que aún cuando la existencia de los partidos políticos es un hecho natural y necesario en toda sociedad, las cuestiones más o menos candentes y apasionadas a que da lugar no deben penetrar en el tranquilo recinto de la escuela, que no tiene por fin formar políticos, sino ciudadanos amantes de la patria y hombres adaptados a la vida social;

Que los comentarios o discusiones en la escuela, en favor o en contra de los partidos políticos en que está dividida la opinión, revelan, en boca de los señores maestros, un punible olvido de su augusta y serena misión, incompatible con el violento apasionamiento que aquellos suelen inspirar, causa inevitable de ofuscaciones, preferencias o injusticias de todo género;

Que, aparte de las precedentes razones, la tolerancia de conversaciones o disputas sobre política militante en los niños, es origen fecundo de desórdenes en las clases y fuente inagotable de sentimientos contrarios al de fraternidad, que los maestros deben fomentar en la escuela, no solamente como fin moral, sino también como uno de los medios más indicados y eficaces para mantener la debida disciplina en los alumnos;

Que el olvido de estos principios es doblemente pernicioso cuando responde, en los maestros, a un propósito sistemático de proselitismo;

Que existen idénticos y aún mayores fundamentos para hacer extensivas a los miembros del personal enseñante las mismas prohibiciones establecidas en el artículo 20 del Reglamento de la ley de Educación Común respecto del Inspector Nacional y de los Inspectores Departamentales;

Y creyendo la Dirección que la inobservancia de estas doctrinas apareja gravísimos peligros que comprometen la existencia misma de la escuela, y que, por consecuencia, le está impuesto el imperioso deber de no tolerar la menor falta cometida por los miembros del personal enseñante y demás funcionarios que de ella dependen, reprimiéndolas severamente y sin consideración alguna, resuelve:

1°. Ordenar a los señores maestros y ayudantes que deben prohibir en absoluto toda discusión partidista entre los alumnos.

2°. Que deben evitar en sus actos en la escuela, y en los de los alumnos, todo aquello que pudiera interpretarse como tendencia en favor o en contra de alguno de los partidos políticos.

3°. Que igualmente les está prohibido participar en la redacción de diarios o periódicos políticos, formar parte de las Comisiones de Clubs políticos o electorales, y, en general, intervenir en la política militante del país.

Los infractores de la presente resolución incurrirán en las penas de privación temporal o absoluta de sus cargos, según los casos, a juicio de la Dirección General de Instrucción Pública.

4°. Comuníquese a los señores Inspectores Departamentales de Escuelas interesándolos en el más estricto cumplimiento de esta resolución, bajo apercibimiento de incurrir en las mismas penas que ella impone a los miembros del personal enseñante; publíquese, debiendo fijarse en cada clase un ejemplar impreso de esta resolución.

La defensa de este régimen durante los debates de la ley de elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente es inconsistente con las doctrinas de la Constitución. Pero ella precisa bien una orientación constituyente a base de experiencia política, una tendencia orgánica, no hacia la solución que preconizo como fórmula de terapéutica política contra uno de los vicios centrales de la democracia americana sino a una reserva constitucional que, como lo sostuvieron en el Senado los doctores Pedro Manini y Ríos y Antonio María Rodríguez, sin excluirlos del sufragio ponga barreras eficaces a la acción de propaganda política de los funcionarios inferiores, muy principalmente de aquéllos que, como los de policía, llenan, durante el comicio, una función política de garantía del derecho de todos los electores.

Esa doctrina había sido ya enunciada por el Senador Manini y Ríos bajo la administración Battle y Ordoñez, en estos términos:

Es admisible, a mi juicio a lo menos, que los altos funcionarios, que el mismo Ministro que actúa desde el retiro del gabinete, puedan manifestar más o menos platónicamente, o más o menos efectivamente, sus preferencias políticas, o hacer actos de propaganda electoral; pero lo que es indiscutible a mi juicio también, es que el funcionario inferior, el que está al lado de los ciudadanos para vigilarlos en los momentos en que esos ciudadanos ejercen los actos de la vida cívica, no puede tener serenidad bastante para cumplir con su deber, si es parcial, y si está contaminado por las pasiones de la lucha política.

Como yo y algunos de mis compañeros, no pretendemos desmentirnos a nosotros mismos, creemos y lo declaramos abiertamente que los funcionarios públi-

cos por el solo hecho de serlo no están privados de hacer conocer sus ideas; pero creemos también que cuando se trata de cierta categoría de funcionarios, sobre todo cuando se trata de categorías tan delicadas de funcionarios, como es la de los empleados de policía, esa manifestación de opiniones, debe hacerse con toda discreción y con toda mesura; y para que pueda hacerse con esa mesura y discreción, es indispensable que estén en lo posible alejados del combate, que no suscriban manifiestos, que no formen parte de comités, que no transformen el local de la comisaría y de la jefatura en el centro de activa propaganda electoral.

Ampliando su oposición a la gestión política de los funcionarios policiales el Senador Manini y Ríos, durante la discusión de la ley de elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente agregaba a estas, consideraciones de otro orden pero no menos fundamentales:

Desde luego, decía, se presenta aquí una cuestión de buen orden administrativo; ¿En qué situación queda ese comisario de policía, ese humilde escribiente de oficina, ese ínfimo guardia civil? ¿En qué situación, qué género de relaciones conserva con sus superiores inmediatos en la institución policial, que si no es tan ceñida, tan estrictamente disciplinada como el ejército de línea, por lo menos tiene que participar en gran parte del carácter de esta misma institución, y que está, hasta cierto punto, militarizada?

¿Cómo no se relajaría dentro de un cuerpo policial, tan necesario para la condición de vida más esencial de la sociedad como es la seguridad pública, ¿cómo no se relajaría la disciplina y el buen servicio administrativo, si pudieran asistir impasibles a una pugna continua de ideas entre el sargento contra el comisario y entre el comisario contra el Jefe Político?

Pero hay algo más todavía: ¿es acaso concebible que en una función tan política como es la de policía puedan los subalternos contrariar abiertamente las ideas de sus superiores?

¿Es posible en la vida práctica pensar que un comisario, o un sargento de policía, que un humilde agente de seguridad encargado de seguir algún personaje político, pueda tener ideas contrarias al Jefe Político que lo manda y al comisario que lo destina?

Nó; necesariamente, para el mismo buen servicio policial, por necesidad misma de ese órgano importante y fundamentalísimo de la Administración el comisario, el sargento y el escribiente, si actúan en política, tendrán que participar de las mismas ideas del comisario, del Jefe Político, del Presidente de la República; de donde llegamos, señor senador, a esta consecuencia monstruosa: que mientras los comisarios y los demás funcionarios policiales que participan de las ideas del Gobierno pueden exponerlas abiertamente, en las tribunas de los clubs, en la prensa, en las plazas públicas, el humilde funcionario policial que es contrario a las ideas del Gobierno tiene que abogar para adentro sus ideas. * * *

Una doble argumentación fué desarrollada por el Senador Sosa contra esta doctrina. Encarado el problema dentro de los términos rigurosos de la doctrina constitucional, el Senador Sosa ha sostenido con éxito que las inhabilidades para el sufragio sólo pueden ser materia de disposiciones constitucionales así como las reservas al ejercicio de actividades políticas que son su consecuencia o la condición de su ejercicio.

Es la misma tesis contenida en las declaraciones formuladas por el Presidente Viera con ocasión de los actos preparatorios para la elección de Senador por el Departamento de la Florida.

El jefe político de la Florida, dijo:

Sabe ya a que atenerse con motivo de los próximos comicios. Sabe que tiene el perfecto derecho de hacer toda la propaganda que considere oportuna para aportar el mayor número de votos a la causa de sus simpatías, y que debe acordar a los comisarios de su dependencia la misma libertad, sin perjuicio de hacer respetar escrupulosamente los derechos de todos, y de impedir la mínima coacción, sea física o moral, so pena de imponer las más severas responsabilidades.

Creo que por más que se sutilice, no se alcanza a establecer diferencias substanciales, o no substanciales, entre los funcionarios de policía y los otros funcionarios públicos en materia electoral. Si unos y otros sólo hacen uso

de su derecho, cumplen por igual con sus deberes ciudadanos, sin causar perjuicio a ninguno. Si se extralimitan, incurren en atentado tanto los unos como los otros y se hacen acreedores a castigos proporcionados a sus culpas. Luego, si se mantienen los derechos cívicos de los diversos funcionarios administrativos, mientras no perturben ningún derecho ajeno, se debe, a igual título, mantener los derechos cívicos de los funcionarios policiales, mientras no lesionen ni perturben los derechos de los demás.

Y agregó:

Se ha querido sostener que el derecho político de los funcionarios policiales debe limitarse al éjercicio del voto. Nada me parece más arbitrario ni más absurdo que esa limitación. El que tiene el derecho de votar debe tener el derecho de decir públicamente por quien vota, y el de expresar públicamente las razones que lo mueven a decidirse a su favor. El que vota conscientemente, seguro de hacer el bien, tiene el derecho de pugnar por que el mayor número lo acompañe y haga el bien con él. El derecho del voto, implica, pues, el derecho de discusión y de propaganda, derechos de que disponen, con el asentimiento de todos, los funcionarios más ocupados, aún los ministros, aún el Presidente, y que nosotros reivindicamos también para los funcionarios de policía, entre los que caben sujetos perfectamente respetuosos de la voluntad ajena, como en cualquiera otra de las ramas de la Administración.

El Senador Sosa completó su argumentación constitucional contra la reserva política de los funcionarios sosteniendo que la posibilidad de una transgresión a los deberes funcionarios no es, no puede ser causa suficiente para coartar la libertad y que, contra esas transgresiones basta la efectividad de las sanciones disciplinarias y penales.

Bastaría, en su concepto, castigar el abuso de los recursos que da la función pública para asegurar la imparcialidad de los funcionarios sin llegar a la mutilación que importa la declaración de una incapacidad cívica.

Sin embargo, la realidad del sufragio es otra, y, aunque las manifestaciones del mismo señor senador que voy a transcribir revelan en el Poder Ejecutivo la más firme voluntad de dar al comicio todas las garantías necesarias contra las presiones que lo desnaturalizan, ellas revelan cómo la intervención en él de los funcionarios puede comprometer la autoridad moral del Poder Ejecutivo y corromper el electorado:

Yo recuerdo, y voy a hacerlo conocer en este debate, que interpretando mal un decreto del Poder Ejecutivo sobre intervención de los funcionarios el Jefe Político de un Departamento cercano convocó, el día de la elección, o poco después de la elección, a sus correligionarios, en la Jefatura Política, para invitarlos con una copa de champagne. Sin embargo, el Poder Ejecutivo, inmediatamente, en cuanto tuvo conocimiento de ese hecho, pasó una circular a todos los Jefes Políticos, incluyendo al que lo había realizado, advirtiéndoles que esa no era la mente del decreto; que no se podían confundir las funciones oficiales de la Jefatura con la acción de los partidos; que los Jefes Políticos podían tener opinión y derechos como cualquier ciudadano y podían manifestar todas sus simpatías en favor de tal ó cual candidato; pero que de ninguna manera podía aceptar el Poder Ejecutivo que la Jefatura se convirtiera en un club político.

Y en una nueva incidencia del debate se agrega, con intervención del Senador Sosa, lo siguiente:

Señor Sosa. El Señor Arena sabe que mucha gente llevó denuncias al Presidente de la República de que habían votado Fulano o Zutano en tal o cual forma, contraria a sus ideas, y el Presidente de la República, contestó, como siempre, que habían procedido dentro de su derecho.

Señor Manini y Ríos. Yo no lo desconozco; yo convengo que muchos de esos hechos han de provenir de oficiosidades miserables. * * *

Señor Sosa. O de subalternos.

Señor Manini y Ríos * * * de muchos elementos que mantienen su privanza gracias a la explotación de pasiones, o de supuestas pasiones pero como el hecho es que hubo intimidación, y la hubo hasta el hecho de que mientras se

desdeñara con absoluta indiferencia el nombre de los votantes nacionalistas, se llevara una lista meticulosa, religiosa de cada votante anticolegialista, como para hacer con ellos el uso de una especie de Santo Oficio.

Señor ARENA. No conozco ninguna.

Señor MANINI Y RÍOS. Yo no voy a formular ninguna acusación concreta, ni creo que esto haya servido de base para hacer una especie de "Quinterada" de empleados públicos afiliados al anticolegialismo, ni aunque esta creencia la abrigara, los hechos me hubieran dado la razón con posterioridad. Yo constato simplemente el hecho, ya que él ha venido a conocimiento del Senado, por los apartes de los señores senadores, y para concluir con esta cuestión de las elecciones pasadas debo decir que no fué sólo el caso de Rocha; además de Rocha está el caso de Minas que, dentro de unos días ventilaremos ante el Honorable Senado, y, a parte de que en Rivera el Jefe Político suscribió un manifiesto diciendo que los colorados que votaban contra la Jefatura atentaban contra la integridad de los hogares del Departamento. * * *

Señor ARENA. El premio ya lo tiene el Jefe Político de Rivera.

Señor MANINI Y RÍOS. ¿Qué le pasa?

Señor ARENA. Que lo han separado.

Esas realidades y esos peligros evidencian la necesidad democrática de la solución que defiendo. Es arbitrario y absurdo como lo defiende el Senador Sosa y como lo ha declarado el Presidente Viera reconocer a los funcionarios el derecho de sufragio y negarles la participación activa en las luchas políticas. Hasta es peligroso porque en tal caso las influencias indebidas no dejarían de seguir produciéndose aunque agravadas por la misma falta de publicidad.

Si la verdad y el equilibrio institucional exigen en América la reducción de los poderes políticos del Presidente de la República y si para ello es necesario restarle la fuerza electoral de que dispone o puede disponer, no hay otra solución eficaz que la exclusión de los funcionarios del electorado.

Esmein justificaba la solución inglesa y la pedía para la Francia diciendo:

Ella es ordenada por la razón y no tiene nada de contraria a los principios. Sin duda restringe, en lo que les concierne (a los funcionarios) el ejercicio de ciertos derechos políticos. Pero nadie es obligado a ser funcionario y aquél que llega a serlo voluntariamente debe sufrir las condiciones necesarias de su posición. Cuántos empleados son privados de un derecho, no político, sino verdaderamente individual, el de hacer el comercio.

Barthélemy, el continuador eminente del ilustre constitucionalista francés muerto, combatiendo en la 6ª edición del admirable tratado de Esmein, determinadas pretensiones de los funcionarios franceses en materia estatutaria, aduce consideraciones que tienen aplicación rigurosa en materia política y que permiten aceptar la reserva electoral de los funcionarios públicos sin el carácter odioso que se le atribuye.

* * * No son, dice "ciudadanos de derecho común;" las leyes hacen de ellos ciudadanos especiales gozando de privilegios particulares (sueldo, retiros) y sufriendo, por el contrario, obligaciones especiales. La función es creada por la ley en el interés de la nación; * * *. Nadie, por otra parte, está obligado a asumir el honor y la carga de "servir" al país. Que aquellos que aceptan su provecho se sometan a las condiciones fijadas en el interés general y cesen de pretender organizar los servicios siguiendo la medida de sus intereses particulares.

Se argumentará que la democracia exige la extensión y nó la reducción del electorado. Pero a las veces esa extensión no tiene más que la apariencia de las soluciones democráticas. La cláusula Chandos en la Reform Act. aumentó en Inglaterra el número de los electores pero también aumentó, en la misma medida, la corrupción del sufragio.

Lo que exige la democracia, fuera de las soluciones generales de la doctrina, es la realidad del gobierno representativo.

Para llegar a ella reconoce y afirma la necesidad de excluir del sufragio a aquellos en quienes, por circunstancias de orden político o cultural, su ejer-

cicio—o la sóla capacidad de su ejercicio—pone en peligro su moral cívica porque el sufragio, en semejantes condiciones deja de ser verdadero y libre y conspira contra la formación moral de la democracia.

Hay en el caso un interés—y más que ello un deber social—predominante, contrario al voto de los funcionarios cuyo interés, identificado con los intereses generales de la República, queda, sin embargo garantido por la representación general numérica.

III. Organización de la Responsabilidad Política.

La historia política de la América, convulsiva y violenta, afirma, como la más sana aspiración de la democracia, la identificación objetiva de estos dos elementos esenciales del gobierno: autoridad y responsabilidad.

Se ha consolidado aquélla sustituyéndose el gobierno personal de los Presidentes al equilibrio organizado por las constituciones, pero la irresponsabilidad de hecho de los gobernantes no ha encontrado más limitación efectiva que el asesinato político y el ejercicio ilimitado de ese derecho de revolución que tiene, para los pueblos de la América española, el prestigio democrático de sus orígenes en el Derecho Público de la España de la Reconquista.

El martirologio de los gobernantes de América y la cronología de las revoluciones y los motines revelan la insuficiencia de la fórmula constitucional para plantear y resolver el problema de la responsabilidad de los presidentes.

Habían logrado, en la pasión del debate, los más grandes repúblicos de la más grande república americana, inspirar a la mayoría de la Convención el santo horror a la responsabilidad política de los Ministros, en la que veían la formulación constitucional de la irresponsabilidad en el poder. La separación de poderes quedó así consagrada y la función ejecutiva, vasta y compleja, atribuída a un órgano de gobierno con igual carácter representativo que el Parlamento.

El Presidente de la República, gobernante al mismo título que la Asamblea, y surgido como ésta de la voluntad soberana del pueblo, quedaba investido de una función de gobierno que comprometía su responsabilidad personal, cualesquiera que fueran sus órganos de ejecución, ante el pueblo mismo, no ante el Parlamento como los Ministros políticamente responsables del gobierno parlamentario.

El juicio político sería el instrumento de esa responsabilidad, absoluta y general del punto de vista penal, como lo es para todos los funcionarios.

Pero, ¿se ha hecho efectiva, alguna vez esa responsabilidad constitucional? He recordado, en otra ocasión, el único caso en que la gran república americana vió poner en juego esa máquina imponente del juicio político.

En 1867, en plena lucha contra el poder presidencial de Johnson y para evitar las represalias de éste contra los funcionarios que habíanse alistado en las filas contrarias a su candidatura, perdida la confianza que los grandes nombres inspiraban y manteniendo el concepto amplísimo de funcionario que consagraba la Constitución, se votó la "Tenure Office Act" que exigía—como afirmación de la teoría constitucional—hasta para la destitución de los Ministros el asentimiento del Senado, no reconociendo al Presidente más que la facultad de suspenderlos fuera de las sesiones del Congreso. El propósito de la ley no era consagrar un principio jurídico sino el fin puramente político de obligar a Johnson a mantener los Ministros de Abraham Lincoln. Johnson violó la ley. Opuso a la política del Congreso la imponente autoridad de los precedentes. Revocó a su Ministro de la Guerra y fué por ello acusado.

La acusación no prosperó. Y la historia dirá si Johnson debió ser acusado y si fué el único gobernante de la América que debió responder, ante el Tribunal del Senado, por la violación de sus deberes constitucionales.

En mi país ¿qué restricciones eficaces opone la Constitución a la posible vocación despótica del Presidente de la República?

Una, sólo una: la propia responsabilidad del Presidente de la República. Es la irresponsabilidad que consagran los artículos 84, 26, números 2, 38 y 39 de la Constitución en la forma siguiente:

ART. 84. El Presidente de la República tendrá la prerrogativa * * *; también la de no poder ser acusado en el tiempo de su Gobierno sino ante la Cámara de Representantes y por los delitos señalados en el artículo 26 y la de que esta acusación no puede hacerse más que durante el ejercicio de sus funciones; o un año después, que será el término de su residencia, pasado el cual nadie podrá ya acusarlo.

ART. 26. Compete a la Cámara de Representantes, * * *. 2° El derecho exclusivo de acusar ante el Senado al Jefe Superior del Estado y sus Ministros, a los miembros de ambas Cámaras y de la Alta Corte de Justicia por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte, después de haber conocido sobre ellos, a petición de parte o de alguno de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa.

ART. 38. Al Senado corresponde abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes, y pronunciar sentencia con la concurrencia, a, lo menos, de las dos terceras partes de votos, al sólo efecto de separarlos de sus destinos.

ART. 39. La parte convencida y juzgada, quedará no obstante sujeta a la acusación, juicio y castigo conforme a la ley.

En esta forma hemos organizado, siguiendo la doctrina constitucional americana, la irresponsabilidad presidencial. El mecanismo es sencillo, es doctrinariamente inatacable salvo en cuanto a la forma de constitución de ese tribunal político.

Pero fuera ilusorio suponer que su sola existencia como institución constitucional tenga la virtud preventiva de contener a los gobernantes dentro de los límites necesarios de su función.

Las constituciones se hacen para ser cumplidas, pero cuando la pasión política o el interés personal hacen apartarse de ellas no hay sanción eficaz dentro de la misma para imponer una reacción hacia la legalidad. Es demasiado peligrosa esa máquina del juicio político para que se la monte a manera de guillotina en la plaza pública y dar al pueblo una alta y emocionante lección de democracia. Es demasiado pesada, es terriblemente imponente, para que se sometan a su juicio las pequeñas transgresiones.

Y son éstas, precisamente, las que, constituídas en sistema, por una lenta deformación del espíritu cívico, preparan, por la corrupción de la moral política que invade a los Parlamentos cuando no es de ellos que se proyecta como una mala sombra sobre el espíritu de los pueblos, esas monstruosas desviaciones del régimen constitucional que han sido siempre, en el país y fuera del país, el signo inequívoco de la miseria democrática de la América. Y cuando al margen de la Constitución pueblos y gobiernos, bajo la sugestión deplorable de las malas herencias, llegan a inscribir las bases de un nuevo régimen menos restrictivo, de acción gubernamental más ilimitada, la institución democrática del juicio político pierde toda significación.

El juicio político es una ilusión republicana dentro de nuestro régimen como lo es en todo sistema constitucional histórico la forma que se adopta para hacer efectivas las responsabilidades.

Presidentes del régimen presidencial y Ministros del Gobierno parlamentario, todos son igualmente irresponsables. Los primeros solo son castigados por los pueblos en la forma sumaria del crimen político, que no mide el grado de las

responsabilidades y a las veces comete terribles injusticias, y los segundos gozan de la misma impunidad constitucional porque sería más que absurdo sostener que la responsabilidad ante el Parlamento, creada sólo para castigar pecados de inconsecuencia, sea una sanción efectiva para delitos como los legislados por el artículo 26° de nuestra Constitución.

El juicio político como toda otra forma de hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes constituirá una verdadera garantía para los pueblos el día en que la democracia no sea una ficción con que se disimule una formidable concurrencia de facciones por el Gobierno, y a la acción incoherente y regresiva de partidos personales se sustituya la organización consciente de las fuerzas sociales, capacitadas para el gobierno por una sólida cultura política.

En tanto esto no suceda los Presidentes no tendrán más limitación efectiva a su acción personal en el ejercicio de poderes que les son personalmente atribuídos por la Constitución que su propia conciencia de sus deberes democráticos y la voluntad, que será siempre una fuerza poderosa de los Parlamentos cuando se traduce en forma de ley y se manifiesta dentro de sus propios límites constitucionales.

La imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad constitucional de los gobernantes por el procedimiento que la Constitución determina ha llevado a las Cámaras a soluciones arbitrarias que no tienen, en último término, más utilidad que consolidar los poderes personales del Presidente de la República.

Se ha consagrado en efecto el régimen de las interpelaciones políticas a los Ministros buscando descargar sobre éstos todas las iras, todas las violencias que la política presidencial puede suscitar. En realidad lo que ese régimen significa es un sistema de ataques al Presidente de la República en sus Ministros lo que no tiene las hipotéticas ventajas de la interpelación en el régimen parlamentario que dejan al Presidente fuera y por encima de las luchas no siempre leales y honestas de los círculos parlamentarios.

Tampoco es útil en cuanto tenga relación con la conservación de los prestigios constitucionales.

No es nuevo afirmar que cuando un poder público hace uso de facultades que no tiene, funda el despotismo. Pero acaso aparezca nuevo y hasta paradógico afirmar que por ese procedimiento no es el despotismo de la Asamblea el que se crea, sino el del Presidente de la República. Y efectivamente es así. Nuestros Parlamentos han perdido su autoridad constitucional en esas actitudes bizarras con que han pretendido derribar Ministerios que no han caído porque los sostenía la confianza personal del Presidente de la República. Para el país, para los que no saben de cuestiones constitucionales y también para los que saben, las Cámaras no han evidenciado, frente a la fuerza de un hombre armado por la Constitución para sostener a sus Ministros, más que su impotencia o su corrupción. Impotencia cuando las interpelaciones no han tenido más finalidad que pretender imponer rumbos, en nombre de una opinión pública que todos creen representar, a la política constitucionalmente personal del Presidente de la República. Corrupción cuando sólo se ha buscado un voto de censura para actos arbitrarios del Poder Ejecutivo concretados en fórmula casi forense, con referencia a disposiciones legales precisas, cuando ese voto carece de valor constitucional y hay sin embargo en la misma Constitución disposiciones categóricas que obligan a la Cámara a acusar al funcionario culpable en los casos del artículo 26 que comprenden las transgresiones imputadas a los Ministros.

Se dirá acaso que esas actitudes denunciadoras de una culpable debilidad de los Parlamentos tienen, por lo menos, su eficacia moral. Tampoco es exacto. Porque no puede ser una enseñanza democrática para el país revelar las violaciones presidenciales del deber constitucional al mismo tiempo que

las propias, quebrar la armonía gubernamental, declarar la impunidad de los delitos contra la Constitución, dar margen a las violencias populares y renunciar no sólo a las funciones irrenunciables que les delega la soberanía a los parlamentos como sustituto de la justicia popular que no siempre es justicia, sino a la misma función de legislar en un imperdonable olvido de que el dominio de la ley es inmenso y de que por ella puede alejarse la hora necesaria de hacer efectivas responsabilidades constitucionales.

Julio Herrera y Obes condenaba ese régimen desde la Cámara de Diputados en términos que expresan, con sobrada elocuencia, esta dolorosa verdad: la adopción de la doctrina inconstitucional que legitima las interpelaciones que condeno no conduce más que a la absoluta irresponsabilidad del despotismo.

Decía así:

Cuando los gobiernos en nombre del orden público destierren y fusilen ciudadanos, las Cámaras, en razón de los peligros ciertos e imaginarios que habría en ejercitar la facultad extrema y violenta de la acusación, ejercitarían el derecho de advertirle que había violado la Constitución, y con ésto habrían puesto a cubierto su responsabilidad y aún la del mismo Gobierno * * * Y * * * al muerto que lo entierren, y al vivo que vaya desterrado por lejanas tierras.

Si la responsabilidad presidencial existe sólo en la teoría de la Constitución y han gozado de la impunidad todos los que afrentaron, en tiempos felizmente pasados para siempre, a la República, es igualmente teórica la responsabilidad ministerial.

Su concepto constitucional queda fijado en las siguientes disposiciones:

86. El Ministro o Ministros serán responsables de los decretos u órdenes que firmen.

89. Concluído su Ministerio, quedan sujetos a residencia por seis meses y no podrán salir por ningún pretexto fuera del territorio de la República.

90. No salva a los Ministros de responsabilidad, por los delitos especificados en el artículo 26, la orden escrita o verbal del Presidente.

26. Compete a la Cámara de Representantes: (1) La iniciativa sobre impuestos y contribuciones, tomando en consideración las modificaciones con que el Senado las devuelva; (2) el derecho exclusivo de acusar ante el Senado al Jefe Superior del Estado y sus Ministros, a los miembros de ambas Cámaras y de la Alta Corte de Justicia, por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte, después de haber conocido sobre ellos, a petición de parte, o de alguno de sus miembros, y declarado haber lugar a la formación de causa.

38. Al Senado corresponde abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes y pronunciar sentencia con la concurrencia a lo menos, de las dos terceras partes de votos, al sólo efecto de separarlos de sus destinos.

39. La parte convencida y juzgada, quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a la ley.

96. A la alta Corte de Justicia corresponde juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna.

Establece en estas disposiciones la Constitución la responsabilidad política de los Ministros. La jurídica está implícita en la facultad ilimitada que se atribuye al Presidente de la República de nombrar y destituir a sus Ministros que, bajo ese aspecto, están exactamente en la misma situación de excepción, dentro del régimen constitucional de los empleados públicos, que los Oficiales de Secretaría de los Ministerios.

¿De qué naturaleza es la responsabilidad política que nuestra Constitución determina? No debe causar extrañeza esta interrogación porque obligan a plantearla los que pretenden adaptar a nuestro régimen la teoría parlamentaria de las interpelaciones. Fuera suficiente recordar que el Poder Ejecutivo,

no por error de definición, sino respondiendo a una, y en mi sentir la mejor, teoría orgánica del Gobierno, es atribuído a una sola persona para deducir de ello que nuestro código político no ha podido establecer vinculación alguna originaria entre Ministros y Parlamentos que justifique la responsabilidad política por la política general del Gobierno. Es ésta una forma de responsabilidad en que incurren los Ministros, no como agentes del Poder Ejecutivo, sino a título de gestores, en nombre de una mayoría parlamentaria, de la acción ejecutiva dentro de las instrucciones, tácitas o expresas, que la misma mayoría determina. Es una responsabilidad en todo caso solidaria sin perjuicio de la individual por los actos personales. No se excluya la responsabilidad del Ministro por las resoluciones que firma. Pero esa firma es innecesaria a los efectos del juicio parlamentario. Alguien ha dicho, estudiando la naturaleza de la responsabilidad parlamentaria, que el criterio para determinarla es doble; que ante la Cámara es la palabra misma del Ministro, es el discurso, es la proposición, el acto de que declara ser autor o que apoya con su autoridad y fuera de la Cámara sólo la firma.

Hay, pues, en el parlamentarismo, dos formas bien definidas de responsabilidad política: una de que sólo el Parlamento conoce la que se refiere a la política general del Gobierno, cuyo fundamento es la delegación parlamentaria, y otra que no hace más que dejar libre la acción de la justicia, despojando al Ministro de una investidura que debe ser intangible, colocándolo en la situación de todo individuo que viola la ley y sujetándolo a las mismas sanciones. La primera implica subordinación al Parlamento; la segunda, desvinculación del mismo, sin perjuicio de las sujeciones que un régimen jurídico comporte.

Caracterizando la primera dice Fuzier Herman, "La Séparation des pouvoirs," que ella es más de hecho que de derecho, que sus condiciones son reguladas por las tradiciones parlamentarias y que se la ha bastante felizmente definido por Savary, "La responsabilité ministérielle," como "la necesidad de un Ministerio homogéneo, solidario, constantemente de acuerdo con la mayoría del Parlamento y haciendo lugar, tan pronto cesa este acuerdo, a otro Ministerio que es escogido en la nueva mayoría y que restablece, por su advenimiento, el acuerdo interrumpido."

Esta responsabilidad, que por razón de equilibrio o de contrapeso, según la expresión de Bagehot, exige como correctivo necesario la disolución parlamentaria por un Presidente a su vez irresponsable, busca realizar, aunque sacrificando la necesaria división gubernamental, este ideal democrático: no romper en ningún momento la unidad moral del Electorado, la Asamblea y el Ministerio.

¿Existe en nuestro régimen esa responsabilidad necesariamente solidaria de los Ministros por la política general del Gobierno que es el contrapeso de la irresponsabilidad constitucional del Jefe de Estado? Evidentemente, no.

La responsabilidad política de nuestros Ministros, no solidaria, es la responsabilidad por el *Impeachment* que no caracteriza régimen gubernativo alguno, porque ha sido consagrada en todas las constituciones, cualquiera que sea el régimen gubernamental que establezcan.

Pero el problema no hace más que cambiar de aspecto. La responsabilidad política de los Ministros, ¿es la misma que la del Presidente; tiene su mismo alcance; significa una coparticipación en la función ejecutiva?

Veamos el texto constitucional. El Ministro o Ministros, dice el artículo 86, "son responsables de los decretos u órdenes que firmen."

Yo he explicado en otros trabajos el significado de ese deber constitucional de refrendar la firma del Presidente que en manera alguna importa la concurrencia de voluntades jurídicamente iguales.

La idea de responsabilidad no comporta la de participación del poder o integración de la voluntad gubernamental. Es una responsabilidad establecida al solo objeto de garantir contra los excesos en que pueda incurrir el Presidente de la República en el ejercicio de sus poderes personales.

No se trata, dice Vedia, "Constitución Argentina," página 502, "de simples actos ministeriales, pues los Ministros carecen de autoridad propia, sino de la responsabilidad que en las medidas presidenciales incumbe a los Secretarios que las aconsejaron."

He dicho que la responsabilidad ministerial no significa reconocer en los Ministros una función de integración efectiva de la voluntad presidencial que obstaría al carácter personal del Poder Ejecutivo. Y ello se comprueba no ya con las consideraciones que preceden, sino con el mismo texto constitucional.

El artículo 26 establece en efecto, que la Cámara de Diputados acusará ante el Senado al Presidente de la República y sus Ministros, es decir, sus agentes, funcionarios presidenciales, ratificando así el concepto que surge del artículo 81.

Trátase de una responsabilidad, pues, la del artículo 86 que implica, como lo expresa Enrique de Vedia en la encuesta de la "Revista Argentina de Ciencias Políticas," un tiro por elevación a las atribuciones presidenciales más que a las de los Ministros, a quienes se refieren.

Sostiene Montes de Oca, "Derecho Constitucional," II, comentando análoga disposición de la Constitución Argentina, "que ella parece limitar la responsabilidad de los Ministros a los actos en que legalizan la firma presidencial y que ello sería absurdo porque importaría la exclusión de los actos concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos, en que actúan por sí sólos."[1]

No es así, sin embargo. La disposición de nuestro artículo 86 está ligada al artículo 90.

Este artículo no debe interpretarse como un caso demasiado hipotético de coerción presidencial, inconcebible dentro de un régimen de absoluta movilidad ministerial. Él se refiere precisamente a los hechos, a los actos que realice un Ministro con sólo su firma, como jefe de un servicio administrativo y para los cuales debe, necesariamente, proceder dentro de los términos ya de un decreto anterior del Poder Ejecutivo que imponga una norma—reglamento—ya de una ley en que se establecen disposiciones reglamentarias y que el Ejecutivo ha hecho suyas por el hecho mismo de su promulgación.

Comprende, pues, un caso particular dentro de la responsabilidad general legislada por el artículo 86.

Dos formas comprende, por lo tanto, la responsabilidad ministerial.

Una por los actos que legaliza para que su resistencia plantée al Presidente el problema de si es más útil al país y a su política violar la Constitución o realizar cualquier otro acto que comprometa su propia responsabilidad o mantener a Ministros con cuyo consejo ha realizado ya una parte de su programa de Gobierno. Es, en otros términos, la responsabilidad por no haber renunciado.

La otra es por los actos que realiza como jefe de administración frente a la cual no lo cubre la orden verbal o escrita del Presidente.

Pero esta responsabilidad ha sido, de hecho, tan ilusoria como la del Presidente de la República. Y si respecto de ésta no hay en nuestros anales parlamentarios más que la absurda iniciativa de Juan Carlos Gómez en 5 de marzo de 1853, fundada en la expedición por el gobierno del viejo patricio Don Joaquín Suárez del decreto de 13 de febrero de 1852, sobre honores a la división oriental que combatió en Caseros, las tentativas de enjuiciar a los Ministros han fracasado por no haberse arribado, como en 1855, a la determinación de un procedimiento para llevarlo a término que contára con el asentimiento de ambas Cá-

maras o por razones de orden político aún en casos como el histórico de Don Lucas Obes que reclamaba en 1835 se le residenciase para dar razón de los insultos de la prensa diaria con motivo de su gestión ministerial.

Ha fracasado, pues el régimen de la Constitución.

La persistencia de partidos políticos tradicionales, personales, formados a la sombra de los caudillos, sin programa definido y gastando a sus hombres en una política estrecha de más de medio siglo; la escasa cultura política general, la política de agresividad, el peligro vergonzozo de las revoluciones y la base militar del prestigio de los hombres de gobierno, sólo asegurarían, como término del juicio político, aparatoso y solemne, la consolidación o el desplazamiento violento del poder sin reducir al Ejecutivo a su legitima esfera de acción.

Se ha escrito, con toda verdad, en la prensa nacional, y a este respecto, lo siguiente, que transcribo del diario "El Día," número de 18 de septiembre de 1915:

La Asamblea Nacional tiene la facultad de pedir y el derecho de recibir informes sobre la marcha del Poder Ejecutivo, y puede acusar al ciudadano que lo ejerce, juzgarlo y deponerlo. Pero, ¿qué vale el juez que no dispone de la fuerza pública para sojuzgar el reo? Un buen presidente podrá ser acusado y depuesto, con arreglo a los procedimientos constitucionales; uno, malo, no.

La fuerza de que puede disponer el ciudadano investido con el Poder Ejecutivo estaría siempre de su lado. Es el jefe del ejército y puede manejarlo a su antojo. Entre los militares, los más honrados, son precisamente los que se sienten atados con más fuerza por los deberes que su profesión les impone, y los que no se alzarían en armas contra un tirano, sino cuando la tiranía se hubiese desembozado por completo. Son también los que, en primer término, serían separados de sus puestos por el que premeditase un atentado contra la legalidad. Así el reo dispondría siempre del ejército. Por eso ningún presidente ha sido separado de su puesto hasta ahora, por un juicio político.

En la República Francesa la acción de la simple mayoría de la Cámara de Diputados es fulminante cuando el ministerio, depositario de la fuerza pública, no le inspira confianza: una simple votación da en tierra con él. Entre nosotros es necesario un juicio; de parte del mandatario se requiere la comisión de un delito comprobado, no simples desconfianzas; de parte de la Asamblea Nacional, la acusación de la Cámara ante el Senado y el fallo condenatorio de éste por dos terceras partes de votos. Así, el Presidente de la República dispuesto a desacatar la ley, y que lo hace, no puede ser privado de su autoridad sino por un procedimiento que dure muchos días, y hasta meses, por pocos adictos con que cuente en una u otra corporación, lo que le dará siempre el tiempo necesario para asegurarse por completo toda la fuerza pública.

Además: la adhesión de un corto número de senadores (siete actualmente) le pondrá a cubierto de cualquier fallo contrario, haciéndolo imposible. Tales son las garantías contra el abuso del poder con que nos arma la Constitución.

Esta situación ha hecho y hace al presidente de la República árbitro absoluto de los destinos nacionales.

Sin embargo, ese régimen de responsabilidad, único teóricamente conciliable con la necesaria estabilidad gubernamental, y único que puede asegurar la efectividad del gobierno representativo deberá ser conservado, sin perjuicio de quitarle ese carácter de procedimiento de orden excepcional que determina las grandes conmociones políticas.

Para realizar ese ideal necesario de la República, la que sólo existe como realidad histórica en tanto la responsabilidad puede, en todo momento, hacerse efectiva, yo he formulado, sobre la base de las instituciones políticas del Uruguay, el sistema que conceptúo más ventajoso, y que haría normal el ejercicio por el Poder Legislativo de la facultad constitucional de apreciar la gestión gubernativa.

Esa fórmula, que no exige comentario, organiza la responsabilidad en estos términos, que son garantía suficiente de que el sistema constitucional no ha

de sufrir las lamentables deformaciones que se derivan de la acción disolvente de factores políticos:

1°. Habrá una Comisión Permanente compuesta de cinco senadores y cinco representantes, nombrados unos y otros a pluralidad de sufragios por sus respectivas Cámaras, debiendo la de los primeros designar cual ha de investir el carácter de Presidente y la de los segundos cual el de vicepresidente. Se elegirá, en la misma forma, los suplentes respectivos. Su duración será de tres años. Cuando el mandato de alguno o algunos de los senadores que la componen venciere antes que el de la Comisión Permanente, el Senado procederá a la elección del o de los que deban reemplazarlo.

2°. La Comisión Permanente velará sobre la observancia de la Constitución y de las leyes haciendo, en receso de ambas Cámaras, al Poder Ejecutivo las advertencias convenientes al efecto, bajo responsabilidad ante la Asamblea General. Si esas advertencias, reiteradas, no surtieran efecto, convocará a la Asamblea General para que se adopte la resolución que corresponda.

3°. Si las Cámaras no estuviesen en receso se dirigirá a la Asamblea para que formule las advertencias o haga efectivas, en su caso, las responsabilidades a que se refiere el artículo anterior.

4°. El Poder Judicial, por intermedio de la Alta Corte de Justicia, deberá, en todos los casos en que declare inaplicables por inconstitucionalidad o ilegalidad leyes o decretos, remitir copia de éstos con los fundamentos de sus fallos a la Comisión Permanente, por intermedio de la Asamblea General o directamente si aquella está en receso. La Comisión Permanente se expedirá ante la Asamblea General sobre la inaplicabilidad declarada por el Poder Judicial.

La Asamblea hará en tales casos, respecto de las leyes, declaración expresa ratificándolas o derogándolas. En cuanto a los decretos los pasará al Poder Ejecutivo con los dictámenes y las advertencias que la regla segunda atribuye a la Comisión Permanente.

Todo ello sin perjuicio de la facultad privativa del Poder Judicial de declarar inaplicables así los reglamentos contrarios a las leyes como las leyes que estén en oposición a la Constitución y derechos que ella garantice para lo que es necesario se reúnan las condiciones siguientes:

(*a*) Que la cuestión sea planteada durante un juicio:

(*b*) Que constituya una cuestión prejudicial; y

(*c*) Que la declaración—que jamás hará jurisprudencia—se base en la intención claramente expresada en los términos de la Constitución comprendidos en su sentido general y obvio o en la historia fidedigna de su sanción.

5°. La Comisión Permanente, con los antecedentes que obren en su poder los informes del Poder Ejecutivo a que se refiere la Constitución y los que en iguales circunstancias deberá producir la Alta Corte de Justicia y la versión auténtica que ambas Cámaras le remitirán con las explicaciones a que se refiere el artículo 53 de la Constitución vigente, abrirá dictamen a la Cámara de Representantes acerca de la conducta constitucional del Poder Ejecutivo, sus Ministros y Miembros de la Alta Corte. La Cámara de Representantes deberá hacer declaración expresa de si es o no el caso de hacer uso de la facultad acordada por el artículo 26, No. 2. Hecha esa declaración, si ella es negativa, los funcionarios que hubieren dejado de serlo no estarán ya sujetos a residencia.

El dictamen de la Comisión Permanente a que se refiere esta regla deberá producirse anualmente dentro del primer mes de las sesiones ordinarias.

6°. Corresponderá igualmente a la Comisión Permanente la facultad concedida a las Cámaras en el artículo 53 de la Constitución.

7°. El incumplimiento por la Comisión Permanente de los deberes que por las reglas anteriores se le cometen dará lugar a responsabilidad ante la Asamblea General en la forma que determinan los artículos 26, No. 2 y 38 de la Constitución.

Será en tal forma llenada la condición necesaria del gobierno de la Democracia que M. de Broglie afirmaba en la tribuna francesa y confirmaba en la elocuencia de sus escritos políticos: "La responsabilidad de todos los magistrados sin distinción, desde el más humilde hasta el más elevado, es la razón de ser del régimen republicano."

CONCLUSIÓN.

La crisis política de la América, que se manifiesta en la pérdida de la fe en la forma histórica del gobierno presidencial, pone en evidencia los dos factores de desequilibrio gubernamental que hacen ilusorio el régimen representativo.

Son ellos el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo en forma que conduce a la sustitución de la primacía jurídica de los Parlamentos por la primacía política de los Presidentes y la irresponsabilidad de hecho de los gobernantes. Es una sugestión engañosa buscar en la responsabilidad ministerial por la política general del gobierno el remedio de los males de la república americana.

No es por el desequilibrio constituido a favor de mayorías parlamentarias irresponsables, que anula la autoridad constitucional necesaria del Ejecutivo y que es la legalización de la tiranía convencional, que la América, que recientemente se aparta de la tradición de los caudillos, va a reconstituir su gobierno para el que la historia sólo reclama división y responsabilidad, ratificando el voto de Filadelfia.

La solución está en reconocer, por acto constituyente, la diferenciación históricamente operada entre los actos de poder administrador y el resto de la gestión presidencial y crear ese cuarto poder autónomo, creador de reglas de derecho, limitado por la Constitución y por la ley, con la misma autoridad sobre el Ejecutivo, en materia reglamentaria y de administración, que el Legislativo en materia de legislación. Un Consejo de Estado así instituido reduciría los poderes discrecionales de los presidentes.

Este sistema deberá ser completado por la formulación constitucional de las reglas esenciales del Estatuto de los funcionarios con lo que éstos dejarán de constituir la fuerza ciega y avasalladora con que se aseguran los gobiernos personales de la América y con la reserva política para los mismos, mantenidos al margen del electorado activo como garantía la más eficaz de la verdad del sufragio y hasta como solución compensatoria de su inamovilidad asegurada por expresa disposición constitucional.

Y, a fin que las responsabilidades de la representación política sean efectivas, y con ello real el gobierno de la República, será necesario sustituir la fórmula histórica del juicio político, institución demasiado imponente y capaz de suscitar hondas inquietudes públicas, por otro régimen que, respetando la excelencia del principio que lo informa, obligue, como en las reglas con que he dado término a este informe, al Poder Legislativo a declarar anualmente, al iniciar cada período de sesiones, si los poderes del gobierno han comprometido o no su responsabilidad constitucional.

Y si es de temerse que las primeras manifestaciones parlamentarias en ejercicio de ese deber constitucional pueden significar manifestaciones cobardes de sumisión política, es de confiar en que la acción educadora de la democracia, habituado el país a tales juicios como actividad normal y ordinaria de los

Parlamentos, hará que gradualmente la República americana afirme, por la responsabilidad de los gobernantes, la estabilidad de su equilibrio y el respeto de las reglas y los límites constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA.

Anson: "Loi et Pratique Constitutionnelles de l'Angleterre."
Arzens: "L'Échec du Gouvernement Parlamentaire."
Barthélemy: "Le rôle du Pouvoir Exécutif."
Batbie: "Droit Public et Administratif."
Benoist: "La Réforme Parlementaire."
Blüntschli: "Derecho Público Universal."
Bouchard: "Des Limites du Contentieux Administratif."
"Bulletin de la Société d'Études législatives."
Burgess: "Ciencia Política."
Calvo: "Digesto Federal."
Carrasco Albano: "Comentario de la Constitución Política de 1833."
Chateaubriand: "La Monarchie selon la Charte."
Chaveau Adolphe: "Principes de Compétence et de Jurisdiction Administrative."
"Constitutions des Treize États-Unis de l'Amérique."
"Constitución de la República Oriental del Uruguay."
Contuzzi: "Diritto Constituzionale.
Cooley: "Derecho Constitucional.
Crocker: "El Gobierno de los Estados Unidos."
Curtis: "Historia de la Constitución de los Estados Unidos."
Delafosse: "Théorie de l'Ordre."
Deschanel: "La République Nouvelle."
Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa.
Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes.
Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores.
Duguit: "L'État," "Droit Constitutionnel."
Dupriez: "Les Ministres."
Esmein: "Droit Constitutionnel."
Faguet: "Problèmes Politiques."
Federalista.
Foucart: "Élements de Droit Public et Administratif."
Fuzier-Herman: "La séparation des pouvoirs."
Hauriou: "La Souveraineté Nationale."
Hanotaux: "Histoire de la France Contemporaine."
Hélie: "Les Constitutions de la France." 1875.
Huneeus: "Obras."
Jellinek: "L'État Moderne et son Droit."
Jiménez de Aréchaga (J.): "Cuestiones de Legislación Política."
Jiménez de Aréchaga (J. E.): "El Poder Ejecutivo y sus Ministros."
Jiménez de Aréchaga (J. E.): "La Extensión Democrática."
Kent: "Del Gobierno y Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos."
Laboulaye: "Histoire des États-Unis."
Laferrière: "Juridiction Administrative."
Laveleye: "Les formes de Gouvernement."
Lawrence Lowel: "Le Gouvernement de l'Angleterre."
Macaulay: "Estudios Políticos."
Martin: "Droit Constitutionnel."
Michoud: "Des Actes de Gouvernement."

Montes de Oca: "Derecho Constitucional."
Moreau: "Pour le Régime Parlementaire."
Muel: "Gouvernements, Ministeres et Constitutions de la France."
Nerinx: "Le Pouvoir Judiciaire aux États-Unis."
Nézard: "Droit Disciplinaire."
Ostrogorski: "La Démocratie et l'Organisation des Partis Politiques."
Pansey: "De l'Autorité Judiciaire en France."
"Registro Nacional de Leyes y Decretos."
"Revista Argentina de Ciencias Políticas."
"Revue de Bélgique.'
"Revue Politique et Parlementaire."
Rowe: "El Gobierno de la Ciudad."
Samper: "Derecho Público Interno de Colombia."
Savary: "La Responsabilité Ministérielle."
Story: "Comentario sobre la Constitución."
Tiffany: "Gobierno y Derecho Constitucional."
Tocqueville: "L'Ancien Régime et la Révolution."
Vedia: "La Constitución Argentina."
Vivien: "Études Administratives."

Thereupon at 5.10 o'clock the subsection adjourned.

SESSION OF SUBSECTION 3 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Tuesday morning, January 4, 1916.

Chairman, EUGENE WAMBAUGH.

The session was opened by the chairman of the section, Dr. James Brown Scott, who introduced Prof. Eugene Wambaugh, of Harvard University, the presiding officer and chairman of the subsection on jurisprudence.

IS LAW A SCIENCE?

By EUGENE WAMBAUGH,
Law School of Harvard University.

When the framers of the program of the Second Pan American Scientific Congress established a subsection on jurisprudence they seemed to indicate by this title that the deliberations of the subsection might appropriately extend to all parts of law; but by causing public international law and constitutional law to be adequately covered in other subsections, they removed the necessity for dealing with those departments in the jurisprudence subsection. For the residuum thus left to the peculiar attention of this subsection there is no technical name. The residuum is obviously vast. It is, indeed, composed of the rules dealing with all the problems which arise in everyday life—the law of contracts, of torts, of inheritance, of agency, of negotiable instruments, and so on through the long list of homely topics which involve neither the rights of nations nor the powers of government.

A Pan American view of this residuum differs much from a Pan American view of the two important departments now excluded. The investigator in international law expects to find uniformity in the rules approved by American countries—indeed, identity with the rules approved throughout the world. The investigator in constitutional law does not expect to find uniformity, but he certainly does expect to find similarity—similarity based upon the fact that throughout the 21 American Republics there are written constitutions and a popular form of government. The investigator who deals with the law of daily life expects to find neither uniformity nor similarity when he compares the rules prevalent throughout the United States with those prevalent throughout Latin America. He is prepared to find diversity, for the reason that in the United States most of the rules are historically deducible from the system brought from England, and in Latin America ordinary doctrine is based upon the modern Roman law brought from Spain and Portugal.

For a moment let us think in terms of geography. International law encircles the globe. The system of governmental law based upon written constitutions has for its special habitat the American continents, and it has flowed

from north to south. The two systems of what may be termed everyday law—the Anglo-American common law prevalent in the United States and the Roman or modern civil law prevalent in Latin America—are found on both sides of the Atlantic, and they have flowed in approximately parallel streams from east to west, or, rather, to southwest. This allusion to a globe may serve to visualize the essential facts as to three divisions of law—international law, with its key-note of uniformity throughout the Americas and the world; constitutional law, with its keynote of similarity throughout the American Republics; and everyday law, with its keynote of diversity—a diversity in history, in mode of ascertainment, and frequently in doctrine.

Perhaps it is now clear that in a scientific congress law may appropriately have at least three subsections, if any; but is it clear that in a scientific congress law is entitled to any place at all? It is not common for lawyers to find the law classed with the sciences. Let us think not of international law nor of constitutional law, but simply of the homely rules which have to do with everyday life, and let us ask ourselves whether law is a science, and what kind of a science it is, and whether it may appropriately be included in a scientific congress.

No one would deny that in some sense law is a science; for it is said that science is merely systematized knowledge, and no one doubts that rules of law exist and that they are capable of more or less accurate statement in a connected form. Yet a systematic statement of the rules of games of chance would not be welcomed at a scientific congress; and the same is true even of a game of skill, and indeed of every science that does not deal with matters of grave importance.

With what kinds of science is law to be classed, and what is its subject matter? Law does not, like pure mathematics, deal exclusively with idealized things, such as points, lines, surfaces, numbers, no one of which exists concretely. Hence law can not be an exact science. In this respect it resembles applied mathematics, physics, natural history, and all the sciences which deal with reality, and which consequently recognize friction, elasticity, variation, and the impossibility of precise measurement. On the other hand, as the rules of law are not observations of external nature, but are products of the human mind, from this point of view they may be thought to resemble the conceptions of pure mathematics. Yet, though the rules of law may resemble somewhat both the rules deduced from the observation of external nature and the conceptions of pure mathematics, they are essentially different from either; for the rules of law are made by men, can be changed by men, and are intended to secure the welfare of mankind; and the science which gathers them and classifies them can not be fully respected unless those rules are fairly sensible and are so developed and applied as to meet mankind's changing needs.

Does the law meet this test?

No useful answer to such a question can be given without entering into details. It is not satisfactory to say merely that as law consists of the body of rules made by society and enforced in society's courts, law necessarily conforms to society's needs. Nor is it satisfactory to say merely that the rules made by society as to those matters recognized by the courts, just like rules made by society as to fashions, tend to become rigid and thus to outlive their full usefulness. Such general statements are not enough, but they do give an inkling of what the investigator may expect to find, and hence they have some utility. It will be well to bear them in mind in the brief presentation now to be made of a typically homely topic—the law of nuisance as it is now found in the United States.

Nuisance is a word with a somewhat indefinite meaning. Hence it will be dealt with not in general language, but by the discussion of specific instances. Four litigated cases will be summarized, giving examples of four sorts of nuisance and also of the four sorts of remedy with which law in the United States handles nuisances. Thus it will be seen in a concrete fashion what a nuisance is and what the law does about it. To avoid a suspicion that the whole country has been ransacked for extraordinary cases, or that the cases were decided by courts peculiarly hospitable to extreme or novel doctrines, these four cases will be taken from the same court, and that a court of recognized conservatism—the supreme judicial court of Massachusetts.

The first case is Commonwealth *v.* Upton,[1] which was decided in 1856. There a man had a slaughterhouse in the town of Fitchburg. He had maintained it for at least 20 years. He had established it in a neighborhood which at that time was perfectly appropriate for a slaughterhouse; but time had passed, streets had been made near the slaughterhouse, people had gone to live in the neighborhood; and at last this owner was proceeded against criminally, being indicted for maintaining a nuisance. How horrified this man must have been. A slaughterhouse was a necessary thing; and possibly this slaughterhouse was conducted as well as it could be conducted. As far as most people know such a thing is not peculiarly bad for the neighborhood's health, although it is probably disagreeable to smell and possibly disagreeable to hear. Now, at last, this man was indicted; and he was held guilty of a crime—this man who certainly once was innocent and who had been conducting for years his useful business in this one spot. Thus we find from this decision that a man may be actually indicted and punished as a criminal for a useful act which he has been performing for a long, long time, which useful act by and by, as surrounding circumstances have changed—circumstances wholly independent of this innocent culprit—has come to be what we call for short a nuisance; that is to say, the act has become an unbearable annoyance to the public.

The second case is a later one—Davis *v.* Sawyer,[2] decided in 1882. There a man had a factory, and adjacent to his factory a tower, and upon the tower a bell weighing 2,000 pounds. With this bell he habitually summoned his employees. He awakened them in the morning at 5 o'clock by ringing sometimes as many as 90 strokes, and between 6 and 6.30 he rang the bell several times again, and he kept up that practice at intervals throughout the whole day. There was another man in the neighborhood who lived in an ordinary residence 1,000 feet away, and this other man and the people in his home, none of them employees in the factory, were awakened most disagreeably at the hour of 5 in the morning. Most of the people in the neighborhood, it would seem, really needed that warning at 5 o'clock; and in a way they enjoyed it, as it was part of their mode of making a living, part of the machinery enabling them to reach at the right time the place where they were to be useful and eventually to receive their wages. It was decided that a court of chancery should grant to the injured man an injunction. That is obviously a different remedy from the criminal procedure followed in the first case; but the two cases are much alike in essence, for here again we find a useful business conducted in a way which doubtless at some time and in some place would be appropriate or even laudable, and here again we find society interfering.

---

[1] Gray's Massachusetts Reports, vol. 6, p. 473.
[2] Massachusetts Reports, vol. 133, p. 289.

In each of these two cases there was no statute. The rule enforced was simply the old-fashioned law of public and private nuisance as it has been developed at the hands of the courts for centuries.

The third case is Rideout *v.* Knox,[1] decided in 1889. Here a man built upon his own land a high fence, the height being designed merely to annoy a neighbor—in short, what is termed a spite fence. The public was in no way injured, but injury did result to that neighbor against whom the fence was built. There was and still is in Massachusetts a statute to the effect that if a person builds a fence more than 6 feet high for the mere purpose of annoying someone else, then his fence is a private nuisance. In this case the person who was injured did not try to get an indictment; and, indeed, he could not have got that, for this was not a public nuisance. He did not try to get an injunction. He simply waited for damages to accrue, and then brought his action for damages. The only point necessary to mention now is that the statute was held valid. Thus we find an example of a third remedy and also of a third sort of nuisance—to use the hospitable word which covers all these instances and many others.

The fourth and last case is Stone *v.* Heath,[2] decided in 1901. There a man had upon his land a mass of decaying vegetable matter, which threatened to contaminate a public water supply. By and by the public through its board of health began to abate the nuisance by destroying the mass of vegetable matter. Here the parties to the litigation were placed in a different attitude from the parties to the cases summarized heretofore. In this instance the man who went to court was the man who was perpetrating the nuisance—the owner of the decaying vegetables. This owner went to court and prayed an injunction against the board of health. He did not succeed, for he was told that under a statute the board of health had received power to destroy such decaying vegetable matter as was really causing a serious danger to the health of the community. This case, then, calls attention to the fourth remedy against a nuisance; that is to say, the remedy of abating a nuisance without the intervention of a court.

These last two cases arose under statutes. In one instance the nuisance was a new one defined by a statute. In the other instance the nuisance was not made one by a statute, for decaying vegetable matter in such a place had been deemed a nuisance always; but what was created by statute was simply the board of health.

There have now been enumerated four remedies, to run over them again—indictment, injunction, damages, and abatement. These four remedies are given by society for the somewhat hazy sort of wrong, the nuisance. And what a hazy sort of wrong it is, for the word nuisance means absolutely nothing but annoyance. How can anyone define annoyance? In those four cases what do you suppose that those four wrongdoers would wish to say? You can easily imagine, and you can easily imagine what would be the answer of society. The first man would say, "Here is my slaughterhouse, my own slaughterhouse, my very own; and society is interfering with my slaughterhouse and with me." The second man would say, "Here is my bell, which I enjoy ringing, and society is interfering with my bell and with me." The third man would say, "Here is my spite fence, and great satisfaction do I get out of it, and society is interfering with my spite fence and with me." The fourth man would say, "Here are my own decaying vegetables, and society is interfering with them and with me."

[1] Massachusetts Reports, vol. 148, p. 368.
[2] Massachusetts Reports, vol. 179, p. 385.

Thus, these four men, a sort of male quartette, would be singing four slightly different parts. It may well be imagined that they would then say in unison, "You are interfering with the right of property, and that is a serious thing; and you are interfering with personal liberty, and that is still more serious." When the male quartette should finish that unison, it may well be imagined that society would stand up and sing in chorus, "Yes, yes; we are interfering with the right of property, and that is a serious thing; and we are interfering with personal liberty, and that is still more serious. Yet the right of property and the right of liberty, odd as it may seem, were created by society for the purposes of society; are recognized and enforced by society for the sake of the general welfare, and are restricted now and always in the light of the public interest which caused the creation of the right of property and the right of personal liberty."

Then the male quartette would say, "But how do you define this power of society to limit property and personal liberty?" Then society, speaking through the law—for the law is no more no less than the voice of society, and if one does not approve the law one must complain not to the lawyers but to society—society, I repeat, would say, in something like a chorus, "There is a general principle underlying this restriction. It has two features. In the first place, society can not complain unless there is substantial damage; and, in the second place, society can not complain if what is being done is carried on in a proper place and in a reasonable way." Then that male quartette would say again in unison, "What indefinite language this is. What is substantial damage? How do you draw the line as to the substantialness of the damage? Besides, what are proper places and reasonable ways for the carrying on of business? Where do you draw the line there?" Then society would have to say, "We can not draw a definite line for the present time, and still less can we draw a definite line for the future." Then that male quartette would say, "Oh, think of the danger of doing injustice to us." Then society would have a right to say, "Gentlemen, we have hedged you about with the best protection that we know. The drawing of those lines will sometimes be in the hands of 12 men of your neighborhood who have no peculiar interest in the matter; and if there be not a case for a jury, for the reason that the case may be a suit for an injunction in a court of chancery, then you will have the protection of having these puzzling problems as to damage and propriety and reasonableness passed upon by a skilled judge, who is not interested in the matter and who is the mouthpiece, the responsible mouthpiece, of the people of that same neighborhood at that same time. What more could society do for you four people who are protesting against these limitations upon your rights of liberty and of property? The limitations are not new in principle, although they may appear new in application to your case. The procedure is not new. The machinery of the judge and jury, and also of the judge without a jury, must be conceded to have existed for centuries, and must be conceded to have taken care of matters even more important than these."

Sometimes it is worth while to stop a moment and to notice the larger aspects of homely law. This rather unattractive law of nuisance is part of the necessary protection of society in its highest interest—its health and its morality—against the thoughtlessness, the unskillfulness, and the selfishness of the individual; and clearly society has provided sensible rules and has done its best to prevent them from being used oppressively.

And now it is time to return to that quartette of objectors, who for a moment have been taking breath. Surely they will now complain again; and they must be expected to use an abusive epithet; for they must be admitted to be in the last ditch. They will say, obviously enough: "Oh, this is socialism."

No, it is not, and no good can come from calling it so, for if this be socialism, then socialism is as old as those words of society which we call the law of nuisance and as old as society itself.

The law of nuisance, in truth, is only one of at least five methods in which society has created and retained and developed powers which enable the world, as time passes, to be a place fit for men. Men must live, and must live here and now, and must live here in the next generation also. There must be rules to enable them to live comfortably and morally. There must be machinery whereby from time to time the needs of to-day are met. You have been taken close to the wheels of the humble humanizing machine called the law of nuisance, and you have seen that this machine is capable of so modifying the privileges of property owners as to harmonize the advantages of private property and of personal liberty with the welfare of all. There is not room to inspect with similar care all methods whereby society, through the law, achieves this end.

There are, as I have said, at least five ways—and indeed there are more—in which the law—that is to say, society—without any revolution at all, and without any need of socialistic dogma, does so limit property and liberty as to achieve the necessary welfare of the time. To each of these five ways is attached a requirement of reasonableness; and it is thus that the rules, though permanent in essence, carry with them an ability to adapt themselves to current circumstances. One of them is taxation, which takes from individual wealth more and more as society needs more and more for the development of new institutions. Another is the doctrine of eminent domain, by which society, with compensation to be sure, takes from the owner property which may be dear to him, and takes it simply because society needs it for higher purposes of its own. Another is the ascertaining and limiting of the callings "affected with a public use," as the old phrase runs, for society has long said, and to-day is still more emphatically saying, that there are some callings which are either so dangerous or so useful that society has the right and the duty of regulating them. Another is that elastic force termed the police power, whereby society so controls the individual as to secure health, quiet, morals, and the like. The law of nuisance is merely a fifth member of the masterful group of public powers essential for the proper development of mankind; and the essential doctrines of the law of nuisance, as you discovered from the decided cases which were summarized, are merely that an individual may not use his property or his liberty in such a way as to do substantial damage to his neighbors or to the community and that he must conduct his business, however useful it may be, in a way that is reasonable, having in mind the circumstances of the current time.

Thus we are reminded again of that male quartette. Clearly those objectors would wish now to ask one last question, and that is, "Where will this development of doctrine stop?" I trust that the chorus of society will be truthful in this matter and will say frankly, "We do not know."

And now, just as our predecessors have shown themselves worthy of being trusted with those five great powers and more, and just as we of this generation have not gone to an unreasonable extreme, so we may well believe that our successors will also use fairly the same powers—powers which we did not create but which we inherit—and that our successors will apply wisely, with occasional mistakes, doubtless, the same doctrines. If we appreciate our own shortcomings, we think—indeed we know—that our successors will be as wise as we, and that they will not go too far, and that they too will apply fairly to the needs of their place and time all the humanizing and civilizing powers which have existed so long.

However, the proper appraisal of such hopes may appropriately be left to the future; for all that has been demanded by the needs of this discussion has been to explain on the humble basis of the law of nuisance that law is a science which gathers, classifies, and construes the doctrines deemed by society necessary for the constantly changing and increasing demands of mankind; that it is not an exact science; that it is not even as exact as the so-called natural sciences; and that it is conspicuous for the difficulties with which it is surrounded and the importance of the problems with which it is concerned.

By this time it may be apparent that it is not inappropriate to classify law as a science and as a science of consequence. Why, then, is it that lawyers are not called scientists?

One reason may be found by perceiving the many aspects of a lawyer's intellectual work. In so far as he may happen to be part of the body to which society has delegated the task of making law, he is a creator or at least an inventor, and a creator or inventor of rules having the quality of elasticity and of growth. In so far as he is not a creator or inventor of rules, but a mere observer and classifier of them, he is a scientific person, intrusted with the delicate function of ascertaining and stating rules having that same useful and perplexing quality. In so far as he is neither a part author of rules nor a mere gatherer of them, but a person charged with the task of applying them to facts, he deals with an art. His work being so various, he does not call himself by a title which indicates only a part of his activity, but by the title which indicates the whole of it—a lawyer.

Yet the chief reason why lawyers are not called scientists is undoubtedly found in that aspect of the law which this discussion has emphasized—namely, that law deals with rules made by men, all of these rules being subject to repeal or amendment, and some of them being stated in terms of such elasticity as to enable them to satisfy new circumstances and new ideals without necessity for changing the rules themselves. A science collecting such rules is vastly different from mathematical and natural sciences, and hence the person versed in such a science differs much in his mode of thought from persons usually termed scientists.

Yet I must not evade a series of questions whereby some metaphysician might wish to cross-examine me and to prove that human law is a natural science. Is it not clear that human law—a system regulating the actions of men among themselves—is as essential to the welfare of mankind as are the so-called laws of nature? Yes. Is it not, then, a law of nature that there shall be human laws? Yes. Are not the very changeableness and elasticity of human laws dictated by natural necessity? Yes. Are not human laws, then, laws of nature? No; not in any very useful sense; for, though that there shall be a system of human law is certainly demanded by nature, the details of that system are determined not by nature but by men. Yet are not the details required by the circumstances with which the men are surrounded? To follow this line of thought is to discuss the freedom of the will; and that way madness lies. A physicist assumes that the law of gravitation is the same in North America and in South America, and that it is the same now as when the pyramids were built; but no lawyer would say that the laws of even the most refined of the ancients—the Egyptians, the Hebrews, the Greeks—were identical with one another, or are identical with the laws of any modern country. For purposes of classification, therefore, whatever a metaphysician may say, a lawyer perceives that the laws of human law are different from the laws of nature. Thus we are again brought face to face with the fact, and the reason of it, that when the investigator compares the everyday law of the United States with the everyday law of Latin America what he is prepared to find is diversity.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, the first paper of the morning is by an eminent member of the St. Louis bar, who has a national reputation, Mr. Frederick N. Judson, who will speak on "Recent law reforms in the United States of America," and I take great pleasure in introducing him.

RECENT LAW REFORMS IN THE UNITED STATES OF AMERICA.

By FREDERICK NEWTON JUDSON,

Member of the Bar in St. Louis, Mo.

The popular as well as the professional discussion of law reform in the United States of America relates, not to the substantive, but to the adjective side of the law; that is, to the adequacy of the judicial procedure in the United States in the practical administration of justice. It is no exaggeration to say that the judicial procedure in the United States is now on trial before the bar of the public opinion of the country and even of the civilized world. The public arraignment of our judicial procedure has appeared not only in the popular press, but in our American and State Bar Associations, and a former President of the United States, himself an experienced jurist, has declared that the most conspicuous failure of our American civilization is in the administration of justice, both civil and criminal. This arraignment of our judicial procedure has been declared in the platforms of our political parties and is the most frequent subject of discussion in our bar associations.

On the substantive side of the law, the complex form of our Government, with the dual sovereignties of the States and Nation, in the adaptation of the law to the demands of commercial intercourse, has demanded progressive steps toward uniformity in our State regulations, particularly on commercial subjects. A very effective agency in the progress of uniformity in legislation has been the organization and service of the Commission on Uniform State Laws affiliated with the American Bar Association. Thus, the negotiable instrument law drafted by this conference is now in force in 40 States, Territories and possessions and the District of Columbia; the warehouse receipts act in 24 four; the stock transfer in 5; the bill of lading act in 9; the foreign wills act in 6. The labors of this conference have thus been very effective in promoting the uniformity of legislation, particularly in commercial matters, and in thus adapting our law to the demands of a commercial age.

On the other hand, in our legal procedure the delay and inadequacy in the practical administration of justice have been the subject of extended investigation in our bar associations and have been impressively contrasted with the promptness and efficiency of other judicial systems both under the common and the civil law. We have followed the example of England, the country from which we inherited our common law, in abolishing in many States the ancient common-law forms of procedure, but we are now beginning to recognize what has long been recognized in England—that any statutory code of procedure which undertakes to regulate all the delays of practice in courts of justice is liable itself to become the subject of technical construction, thus leading to the miscarriage of justice. Some of the most technical decisions which have startled our courts in recent years have been rendered in States that have long had the so-called reform procedure on their statute books.

This inadequacy of our judicial procedure has been developed in the United States, especially in the State courts, during a period of legislative activity directed against the common-law independence of the judges, which has resulted in effectively limiting their powers. It has been a period of progressive democratization of the courts, which apparently in some States is not yet ended. In nearly all the States judges of all the courts are elected by the people, and in some of them judicial nominations are made at political primaries. Mr. Bryce said the American bench has suffered from the all-prevalent system of popular election and the scanty remuneration afforded. Since he wrote his commentaries five of the States have adopted the principle of judicial recall, so that the judges who make unpopular decisions—that is, decisions disapproved by the then majority of the voters—can be summarily removed from office by popular vote. In nearly all the States judges are subject to a recall hardly less effective in the short judicial terms which requires them to submit to the judgment of the voters at frequent intervals and to take their chances with political nominations and the changing political control of the polls. Although the ancient forms of pleading have been generally abolished, our statutes undertake to provide the details of judicial procedure, and in many States the trial judges are compelled to give their instructions to the jury in writing and are forbidden to comment upon the testimony. In some of the States the appellate judges are forbidden to exercise any discretion as to what opinions should be given in writing, and therefore follows the enormous multiplication of printed reports, which is an increasing burden to the profession.

Thus the judicial procedure has proved inadequate for the demands of a commercial age and has become the dread of our business men and the sport of our satirists. It has resulted in congestion in the appellate courts of many States, causing often a delay of years in the decision of cases and therefore an effective denial of justice, for in modern times the delay of justice is often the denial of justice.

This state of things has been aggravated by the restrictive and detailed character of our State constitutions, multiplying so-called constitutional questions in the exercise of legislative power, and also by the naturally contentious spirit of the bar, which tends to make every appellate hearing a quest for error rather than a search for justice. The situation has also been aggravated by the exaggeration of the essentially artificial character of our exclusionary rules of evidence, which were made when the judges had to deal with juries of illiterate and untrained minds, incapable of making nice discriminations and distinctions as to the weight of evidence. These difficulties have also been aggravated by the want of adaptation of the judicial machinery of the country to the vast changes resulting from the development of great cities and of the enormous increase of litigation therein, requiring administrative ability of a high order in the practical administration of justice, both civil and criminal, for the congested masses in our great centers of population. A very natural result of these conditions has been the abuse in the appellate courts of the so-called doctrine of presumption of prejudice from error; that is, that the appellant is prejudiced by any erroneous ruling in the trial court against him, so that the judgment against him must be reversed irrespective of the substantial rights of the parties. This subject has been extensively agitated, and the American Bar Association has petitioned Congress for an amendment to the Federal judiciary act, so that no judgment would be set aside or reversed or a new trial granted for error in any matter of evidence or pleading or procedure, unless it should appear that the error complained of had injuriously affected the substantial rights of the parties.

An effective cure, however, for miscarriages of justice that sometimes result from this misapplication of the principle of prejudice from error, must be found not in the statutes alone, but in the development of popular and judicial opinion, as without this any statutory enactment must be unavailing; since such statutes in some of the States have not prevented the courts therein from holding that fatal prejudice is necessarily presumed from any error in the course of the trial, and that this presumption must be rebutted by facts affirmatively shown in the record.

While this situation is deplorable, it is encouraging to note that the condition is recognized by the bar, and though progress is slow, very effective steps are being taken in the direction of a permanent reform. Thus the very beginning of any reform must be a recognition of its dependance upon an enlightened and independent judiciary. We must restore to the courts their old-time independence over rules of procedure. Thus a most effective step was taken in this reform by the rules of practice in courts of equity of the United States promulgated by the Supreme Court of the United States November 4, 1912, taking effect on February 1, 1913. No one can read these new revised rules of practice, comparing them with those which had been in existence in substance since the foundation of the Government, without realizing that the Supreme Court was convinced of the necessity of radically reforming our procedure to meet the wants of a commercial age, and that the courts are the only competent authority to make these detailed rules of procedure. It was fortunate for the United States that they had a Federal tribunal which was vested with the power to make and enforce such a reform. Time will not permit of the discussion of the details of these rules, but it is sufficient to note the simplification of the pleadings, and, more important than all, the provision that testimony must usually be taken in open court, and the testimony by deposition must be the exception and not the rule; that a case may be transferred from the equity to the law side of the court if occasion requires; and that in case of appeal the duty is imposed on solicitors of condensing, so the case may be presented in simple and direct form to the appellate court.

The promulgation of these rules by the Supreme Court of the United States must necessarily have a profound and far-reaching influence in the different States, and is a striking illustration of the importance of the preparation of rules of procedure by the judges who are to administer them.

The American Bar Association has urged that Congress should empower the court to adopt rules of evidence of uniformity of pleading and procedure in law cases in the Federal courts and to do away with the attempted conformity to State practice in common-law actions. This effect would doubtless be far reaching in promoting uniformity in the States with the Federal procedure.

The distinction between law and equity, which is recognized in the Constitution of the United States, as it existed at the time of its adoption, has been criticized by the great authority of Judge Dillon as essentially artificial and originally accidental. Thus in England there has been a fusion of law and equity in practice, so far as in the nature of things it can be effected, by the rules of practice which are established, and can be changed by the Lord Chancellor with the approval of a majority of the judges, and then approved by Parliament. All this, however, emphasizes the fundamental principle which lies at the basis of any hope of reform, that we must enlarge judicial discretion and dignity the office of judge before we can hope for any permanent reform.

Another most important step in the reform of legal procedure was the adoption in the State of New Jersey of the practice act of 1912. In this

State, in the inauguration of its new system, details of practice were provided for in rules which are expressly declared to be subject to the control of the court, as the statute provides that the Supreme Court shall provide rules for all the common-law courts, and the rules thus established shall supersede as far as they conflict with the statutory and common-law regulations theretofore existing. The act thus provides a set of rules which are deemed to be rules of the court, subject to suspension and amendment in any particular by the courts, as experience shall prove to be expedient. This New Jersey act will doubtless be the model upon which acts in other States will be framed in the introduction of a reform system. The need for restoring to the courts their common-Law responsibility for regulating the procedure by rules of court has been realized elsewhere throughout the country. Thus in New York the practice act now in preparation provides for the extension of the powers of the court in the making of rules of procedure.

Another very important step in reform is the recognition of the necessity of an adequate administrative organization of our judicial machinery, particularly in its adaptation to the administration of justice in the crowded cities of the country. A very comprehensive recommendation has been approved by the American Bar Association that the whole judicial power of the State, particularly for civil causes, should be vested in one great court, of which all the trial tribunals should be branches or divisions, that being in effect the English system, which has eliminated the technical questions of procedure which embarrass and delay our courts. This plan contemplates such organization of the judicial system as will prevent needless waste of time and duplication of records and the like, thus obviating expense to the litigant and cost to the public. Some States have already taken steps in this direction, as in abolishing the requirement of motions for a new trial as an essential before appeal, and the needless formalities in preserving exception to adverse rulings, and distinction between matters of record and the matter of exception with which many of our appellate courts are filled, and which is unknown in England and in Canada, and I may even say in any other civilized country. A very effective work has been done in what may be termed the practicable and administrative organization of our courts by the American Judicature Society, which has suggested that the rule-making power, implying a large scope for administrative orders, should be vested in an administrative board similar in make-up to the judicial council of the English court system, and that it should be composed of the presiding justices of the several divisions of the State judiciary. The importance of an effective administrative organization of the judiciary has been very effectively illustrated by the so-called municipal court in the city of Chicago, which has revolutionized the administration of justice in that city. This court has now some 31 members, with 160,000 causes per annum, and yet keeps abreast of its calendar. While the procedure is informal, it is clear that the great success of the court is in the effectiveness of its administrative organization.

This promises to be one of the most effective agencies for reform, in that the necessity for such an organization of judicial machinery exists in all the large cities of the country, and the example of Chicago promises to be and is now being extensively copied in the different cities where such conditions exist.

Another reform which is just beginning to be agitated is in the limitation of the reports of our appellate courts. This does not relate to the possible effect of the multiplied accumulation of case law upon the doctrine of judicial precedent which is such a feature in common-law jurisprudence, and relates rather to substantive law, than to procedure, as that is too large a subject

for this discussion; but I do call attention to the growing, practical necessity of limiting and controlling the publication of all written judicial opinions. The written opinion is really an American innovation in the law. In the English law courts the judgments were always oral, except in very special cases, where there was a curia vult advisari; and the English reports were made by lawyers who sat in court and took down the judgment in their notes from the lips of the judges. Lord Coke says: "If judges should set down the reasons and causes of their judgments within their record, that immense labor should withdraw them from the necessary service of the Commonwealth and their records should grow to be more like elephantini libri, of infinite length, and, in mine opinion, lose some of their present authority and reverence, and this is worthy for learned and grave men to imitate."

These remarks of Lord Coke were quoted by Justice Field, then chief justice of the supreme court of California, in an opinion (Houston *v.* Williams, 13 Cal., 24) holding invalid a statute of California requiring the supreme court judges to give the reasons of its decisions in writing. He said the practice of written opinions is of American origin, and that the legislature could no more require the court to give the reasons for its judgments than the court could require the legislature to give the reasons for its enactments. This view, however, has not prevented some of our States from requiring the judges, both in constitutions and statutes, to give their opinions in writing.

The only effective remedy is the limiting of formal opinions to those cases deemed to be important as precedents, and here we find the necessity for vesting a larger discretion in our courts. The great guiding principles of the law are now determined, but the infinite complexity of human transactions will continue in the future and call for new applications of these controlling principles. No doubt these provisions requiring written opinions were enacted from distrust of the judges and with the view of compelling evidence of the performance of their duties.

It should be noted, however, that several States are realizing the necessity of limiting this interminable burden of judicial reports, and in several States judges are relieved of this burden, except when in their judgment the case calls for a written opinion.

Another cause of delay in the practical administration of justice has been in the holding of cases by judges under advisement, in delaying often for months and sometimes for years the announcement of opinions. The State of California some years since attempted to remedy this evil by providing in its State constitution that judges should not draw their salaries until they had certified that they had had no case under advisement for more than the prescribed number of days. No feature of our American jurisprudence has been more adversely commented upon by jurists from England and other countries than this delay in the decision of causes. It is to be hoped that the relieving of judges from the requirement of written opinion, except where the public interest required, would remove a potent cause of this delay.

What has been said with reference to civil causes applies with even greater force to the delays and ineffectiveness in the administration of justice in criminal cases. Thus the exempton from self-incrimination peculiar to common-law countries is based on historic considerations, which jealously guarded the rights of the accused in prosecutions by the States. However important the exemption from self-incrimination was in past centuries, where the individual needed this protection against the power of the State, a very different question has been presented in our modern civilization where society needs protection against organized crime, as such protection is afforded in countries, such as France, under the civil law.

In a recent decision the Supreme Court of the United States (Twining *v.* New Jersey, 211 U. S., 78) held that this exemption from self-incrimination, though secured as against Federal action by the fifth amendment to the United States Constitution, is not one of the fundamental rights of national citizenship which the States are forbidden by the fourteenth amendment to abridge, and that this exemption is not safeguarded as against State action by the provision of the fourteenth amendment that no State shall deprive a person of his life, liberty, or property without due process of law. This was in New Jersey where the courts are allowed to call the attention of the jury to the refusal of the accused person to testify, although he is not compelled to testify. The court affirmed the contention of the State, holding that the exemption from compulsory self-incrimination had been developed as a rule of evidence by the English courts and was not included in the due process of law guaranteed by Magna Charta. This opens the way for our States to legislate for the protection of society against crime.

We thus see there are encouraging signs of reform, in that we are now realizing that extreme technicality is a sign of an undeveloped system of law in which legal rights are subordinate to the procedure to enforce them and wherein the substance is secondary to the form. These forms were regarded with superstitious reverence in the early stages of society, but it is now recognized that the simpler the procedure the better it serves its purpose; this does not mean that we should substitute haste and want of consideration for deliberation and judgment, but it does mean that our judicial machinery must be so simple that justice will be literally brought home to the people, and that busy men can afford to litigate the complicated questions arising in our complex industrial life.

We have seen, however, that this reform of our judicial procedure is dependent at all stages upon the wide discretion of an enlightened and independent judiciary. Whether we substitute elastic court rules for rigid statutory procedure or appeal to the courts to apply their judicial discretion in liberalizing our archaic rules of evidence, which now obscure the ascertainment of the facts in issue, and if we make the trial judge more than a mere umpire in the game of litigation, or if we seek to reduce the overwhelming mass of printed reports to those only useful as precedents, or even if we seek to reduce the interminable length of judicial opinions, or if, more than all, we seek to remove the ancient presumption of prejudice from error and to make our appellate hearings more than mere quests for error—in each and every one of these methods of reform we find as an indispensable factor the enlarged discretion of an independent judiciary.

The deplorable conditions, as has been shown, under which our country has developed have emphasized the inadequacy of our judicial system in the practical administration of justice, particularly in our great centers of population. It is encouraging to observe that the popular mind and conscience are being awakened to this situation and that the progress of reform in the administration of justice, though slow, promises to be sure and effective.

Progress in law reform is slow in this country because we have 48 sovereign States, each with its own judicial procedure, and there is the not unnatural prejudice of a self-governing people against any extension of judicial power. But we feel that the reform is safe and sure, because of our confidence that the enlightened good sense of our people is coming to realize that liberty must be reconciled with order and that justice without sale, denial, or delay is the crowning triumph of an industrial civilization.

The CHAIRMAN. Ladies and gentlemen, for several years the general subject of the extraterritorial effect of criminal statutes has been studied by Prof. William H. Page, of the law school of the Ohio State University, and I am now glad to call upon him to discuss that subject.

THE EXTRATERRITORIAL EFFECT OF CRIMINAL STATUTES.

By WILLIAM H. PAGE,
Professor of Law, Ohio State University.

Whether a statute is a living and vital part of the law, whether it introduces new rules, principles, and standards into the law, and whether it can be used as an analogy which can be extended to cases not included within its original meaning, is a question which has been propounded at different times and in different ways to the Roman law, and to the system of the law in force in England and in the United States to which, for the sake of brevity and convenience, the term common law will be applied in this paper. This question has been answered in the affirmative by the Roman law, while the common law has in the past answered it in the negative in many varied and emphatic forms.[1] The very courts, however, which most emphatically refuse to the statute a place among the general principles, rules, or standards of our law are nevertheless frequently influenced unconsciously by the general attitude of our law as expressed in legislation. Interesting illustrations of this tendency of our courts might be found in affirmative examples, but still more in negative examples. If certain powers, inherent in the general conception of the State, are not exercised at common law, and if the legislature has refrained from the exercise of such power for a long period of time, the courts are very likely to deduce from this failure to exercise such power the rule that the power itself does not exist. For this reason, in considering the extraterritorial effect of statutes, especially of those of the various States of the United States, we are confronted at the outset with a question which is apparently inevitable in our law, and that is: Can this extraterritorial power be exercised at all by the legislature? It is only when this question can be answered in the affirmative that we can then consider the scope, effect, and application of the statutes which the legislature has in fact enacted. In the few cases in which the exercise of this power in the past has been regular and continuous, the existence of such power, as will be shown hereafter, is unquestioned; although even in these cases the courts prefer to explain this power as territorial in character, even if it is necessary to resort to some fiction in order to establish this territorial character. On the other hand, in the cases in which the attempted exercise of this power is rare and occasional, our courts are very likely to deny its existence, or, at best, to seize upon some act, condition, or effect within the territory of the State as a justification for the exercise of this power upon acts which have been done without the State.

While the question of the extraterritorial effect of a statute is by no means one of criminal law alone, the criminal statute may for convenience be taken as the type for special consideration. Without attempting any close analysis, which, even if limited to the criminal statute, would alone exceed the limits of time and space available for this discussion, we may note the three general

[1] See Common Law and Legislation, by Roscoe Pound, 21 Harvard Law Review, 383.

classes of cases which have arisen upon this point in the actual administration of justice. We find (1) the extraterritorial statute by which a State attempts to regulate the conduct of its subjects who are outside of its territorial jurisdiction, and which may be justified upon the theory of the power of the State over its subjects, as far as our law recognizes such extraterritorial power; (2) the extraterritorial statute which is intended to apply to cases in which some part of the act which it is sought to punish is done, or the condition which it is sought to prevent exists, either actually or constructively in the State which seeks to punish such act or omission, and which may be explained upon the territorial theory, though in some cases by a very liberal use of the legal fiction; and (3) the extraterritorial statute which does not apply to the subjects of the States, in which the territorial theory is not recognized or in which it is too remote even for the most liberal legal fiction, and which may be justified, if at all, only upon the theory of the power of the State to protect itself, in its ordinary administration of criminal justice, by punishing persons who are within its territorial jurisdiction, at the time at which it is sought to inflict punishment, although not its subjects, who have done an act outside of the territorial jurisdiction of the State, by which the State has been injured.

In this connection it must be noted that the power of a State to give extraterritorial effect to its criminal statute has nothing to do with extradition or with interstate rendition between the different States of the United States. It may be that the guilty person can not be punished in the State which gives extraterritorial effect to its statute unless he comes into its territorial jurisdiction voluntarily.[2] Furthermore, a statute which has extraterritorial operation can not protect the wrongdoer from criminal prosecution by the State in which he committed such offense unless special relations exist between the two States by treaty or otherwise.[3]

---

[2] One who makes false statements in one State, by which false pretenses goods are obtained in another State, will not be surrendered by the former State to the latter State in extradition proceedings. Ex parte Graham, 216 Fed. 813; Hartman v. Aveline, 63 Ind. 344; Jones v. Leonard, 50 Ia. 106, 32 Am. Rep. 116; Wilcox v. Noise, 34 O. S. 520.

Nor will he be surrendered to the State in which the defrauded party is domiciled if the false representations are made and the goods obtained from the agent of the defrauded party in another State. In re Mohr, 73 Ala. 503, 49 Am. Rep. 63.

The same rule applies in case of larceny and receiving stolen goods (matter of application of Shoemaker, 25 Cal. App. 551, 144 Pac. 985); or to larceny and false pretenses (People ex rel. v. Hyatt, 172 N. Y. 176, 92 Am. St. Rep. 706; affirmed Hyatt v. People ex rel., 188 U. S. 691, distinguishing Adams v. People, 1 N. Y. 173); or to failure to support a minor child (Ex parte Kuhns, 36 Nev. 487, 137 Pac. 83); or to murder committed by shooting across a State line (State v. Hall, 115 N. Car. 811); if the accused was not actually within the State which demands his surrender when some overt act intended to be a material step toward accomplishing the crime was done. If the criminal is taken, without a hearing, to the latter State, he will be discharged in habeas corpus proceedings. Tennessee v. Jackson, 36 Fed. 258, 1 L. R. A. 370.

It is not necessary, however, that the criminal do within the State every act necessary to complete the crime, to become a fugitive from justice. If he does an overt act within the State which is intended to be a material step toward accomplishing the crime and then absents himself from the States and does the rest elsewhere, he becomes a fugitive from justice when the crime is complete if not before. Strassheim v. Daily, 221 U. S. 280; Ex parte Graham, 216 Fed. 831; Ex parte Hoffstot, 180 Fed. 240; In re Cook, 49 Fed. 833; In re Sultan, 115 N. C. 57.

[3] A subject of the United States who embezzles public funds in Cuba has no legal or constitutional right to a trial in accordance with the laws and constitutional provisions of the United States. Neeley v. Henkel, 180 U. S. 109.

The court refused to deliver up to the French Government a Frenchman who had entered the mansion house of the minister plenipotentiary of France and there had

1. The power of the State to punish its subjects for crimes committed on land outside of the territorial jurisdiction seems to be recognized, though with some diversity of opinion, by our text writers,[4] and, though with greater diversity of opinion, by our courts.[5] Our common law does not purport to be extra-

threatened bodily harm and violence to the secretary of the French legation; and had afterwards committed assault and battery upon him in a public street in Philadelphia; but sentenced the accused to pay a fine of 100 French crowns; to be imprisoned two years; and then to give security to keep the peace for seven years. Republica v. De Longchamps, 1 Dallas, 111.

Under an ordinance of Hongkong which provided for imprisoning and returning to China a Chinese subject who has committed an offense against the laws of China, a Chinese coolie will not be returned to China for taking possession of a French ship on which he was being transported to Peru, and for killing the captain and some of the crew who were French subjects. It will not be presumed that China has a law providing for punishing its subjects for crimes committed out of its territory. If any municipal law was violated it was the law of France. If the conduct of the accused was piracy jure gentium he should be tried at Hongkong. Attorney General v. Kwok a Sing, L. R. 5 P. C. 179.

[4] Hershey, International Law, sec. 149, sec. 249 n, 65; Story, Conflict of Laws, 7th ed., secs. 21, 22; Wheaton (Dana's ed.), sec. 118, pp. 179, 180.

[5] For theories of criminal jurisdiction see also Moore Dig. Int. L. II 243; Wharton Conflict of Laws, pp. 1603 et seq. (secs. 809 et seq.); Bishop, Criminal Law, sec. 109; Hershey, International Law, secs. 149, 207 to 211, 215; Wharton's Criminal Law (11th ed.), sec. 316.

The wisdom and justice of the exercise of this power have been questioned.

"The system of tying the entire criminal law of a country around the neck of a subject and of making him liable to its operation in whatever part of the world he may be converts the criminal law into a personal statute." Lewis, Foreign Jurisdiction 29.

It is said that the United States does not attempt to exercise jurisdiction over its citizens when outside of its territory. Woolsey, International Law, sec. 78.

This is true of the ordinary citizen when on land outside of the territorial limits of the United States. It is incorrect, evidently, if applicable to persons on the high seas or to such special classes of persons as ambassadors. It is not intended, apparently to apply to the power of the United States, but only to the exercise of that power.

[5] "As to our own citizens I can see no reason why they should be exempted from the operation of the laws of the country even though in foreign service. Their subjection to those laws follows them everywhere. In our own courts they are secured by the Constitution from being twice put in jeopardy of life or member, and if they are also made amenable to the laws of another State it is the result of their own act in subjecting themselves to such laws." Johnson, J., in U. S. v. Pirates, 5 Wheat., 184 (197, 198).

It is generally said by the courts that a State may punish offenses committed by its own citizens beyond its territorial limits. People v. Merrill, 2 Park. Crim. (N. Y.), 590.

"Any nation may make laws to punish its own subjects for offenses committed outside its own territory." Attorney General v. Kwok a Sing, L. R. 5 P. C. 179.

"It seems to be well established that every nation has the right to punish its own citizens for the violation of its laws wherever committed. This right is based upon the duty of allegiance, and it does not rest upon the assumption that one State can extend its laws into another, so as to make them directly operative there, or impose any obligation on such other State to observe them or give any effect to them; but merely that they may be personally binding upon the citizen of the State which enacts them, and justify his punishment for their violation by such State when he returns within its limits." State ex rel. v. Main, 16 Wis., 398.

In some cases the existence of the power of a State to punish its subjects for crimes committed beyond its territorial limits has been denied in obiter. It has been said there can not be two sovereignties supreme over the same place at the same time over the same subject matter. State v. Carter, 27 N. J. L. (3 Dutch), 499.

It has also been said that the personal jurisdiction generally claimed by nations over their subjects who have committed offenses abroad or on the high seas does not exist as between the States of the Union under their peculiar relation to each other. State v. Hall, 114 N. Car., 909.

A classification has been made of the cases in which the United States can inflict punishment for acts done beyond its limits, which would seem to exclude the general power of the United States to punish its subjects for acts done on land in an inhabited community.

It has been said that the extraterritorial criminal jurisdiction of the United States extends to (1) violation of treaty stipulations by its citizens abroad; (2) offenses com-

territorial,[6] except possibly in the matter of treason.[7] In England, where no constitutional limitations can restrict the powers of Parliament, statutes of this sort are always upheld,[8] and the only question is as to their construction, application, and general scope. In some of the English cases in which this power is recognized the act was done outside of England, but within the British dominions;[9] but such statutes are also applied to acts which are done in foreign countries, even where a regular organized government exists.[10] Such statutes are restricted by their terms to British subjects,[11] and do not apply to alien friends[12] or to alien enemies.[13] Their scope has even been re-

---

mitted in foreign countries where by treaty such jurisdiction is ceded; (3) offenses committed on a desert island or uninhabited coast; (4) derelictions of duty by its ministers, consuls, or other representatives abroad. In other cases the criminal jurisdiction of the United States is limited to its own territory. Field, J., in U. S. v. Smiley, 6 Sawyer 640, 27 Fed. Cas. 16317.

This classification must, however, be understood as applicable to the statutes of the United States as they stood when such classification was made, and not to the power of the United States which might be exercised in the future.

[6] Regina v. Keyn, 2 Exch. Div. 63; U. S. v. Kessler, 26 Fed. Cas. No. 15528, Baldwin 15; Phillipi v. Bowen, 2 Pa. St. 20.

[7] Englishmen who attacked English vessels on the high seas were found guilty of treason as well as of piracy. See reference in 40 Liber Assisarum, pl. 25.

[8] Colepepper's Case, 1 Vent. 349; King v. Speke, 3 Salk 358; Regina v. Azzopardi, 1 C. and K. 203; Regina v. de Zulueta, 1 C. and K. 215; Rex v. Sawyer, 2 C. and K. 101, Russ. and Ry. 294.

[9] Colepepper's Case, 1 Vent. 349; King v. Speke, 3 Salk 358.

Under 9 Geo. IV, c. 31, sec. 7, a British subject (in this case a native of Malta) could be tried under a special commission for the murder of a subject of the Dutch Government at Malta, which was then part of Her Majesty's dominions. Regina v. Azzopardi, 1 C. and K. 203.

[10] It was said that the statute which provided for punishing those engaged in the slave trade applied to acts done by British subjects in places which were not part of the British dominions. Regina v. de Zulueta, 1 C. and K. 215.

The same construction was required by 6 and 7 Vict., c. 98, which was passed between the commission of the alleged offense in Regina v. Zulueta and the trial. See Santos v. Illidge, 6 C. B. (N. S.) 841 (859).

Under 33 Hen. VIII, c. 23, a British subject may be tried in the courts of England for murdering a British subject in a foreign State (here in Portugal). See unreported cases cited in argument of counsel and opinion. Rex v. Sawyer, 2 C. and K. 101, Russ. and Ry. 294. 33 Hen. VIII, c. 23, provided "that the King might issue a commission to try the offender in case of treason or murder within or without his dominions." Such statute was repealed, 9 Geo. IV, c. 31. For provisions in place of above see 9 Geo. IV, c. 31, sec. 7.

Under 24 and 25 Vict., c. 100, sec. 57, which provided that "whosoever being married shall marry any other person during the life of the former husband or wife, whether the second marriage shall have taken place in England or Ireland or elsewhere, shall be guilty of felony," an English subject can be punished in England for marrying in the United States in violation of this statute. Trial of Earl Russell (1901), A. C. 446.

[11] Ping v. Depardo, 1 Taunt. 26; Rex v. De Mattos, 7 C. and P. 458.

[12] Under 9 Geo. IV, c. 31, sec. 7, which provides for the trial of English subjects for murder or manslaughter committed by them on land out of the United Kingdom, whether within the lKng's dominion or without, a Spaniard who has become a member of the crew of an English vessel, but who is then acting as interpreter for the original captain of such vessel (who had set up in trade at Zanzibar) with the consent of the new captain of such vessel, can not be tried in the courts of England for manslaughter which was committed by striking a blow while on shore at Zanzibar, the injured person, a member of the crew, dying on board the vessel, which lay a few hundred yards from Zanzibar in 7 fathoms of water. Rex v. De Mattos, 7 C. and P. 458.

[13] Under 33 Hen. VIII, c. 23, an alien enemy, who had been a prisoner of war, who had entered as a volunteer on an English vessel in the service of the East India Co., and having letters of marque, killed an Englishman who was a member of the crew of such vessel, the blow being struck while they were both on shore near Canton, and the deceased dying on board the English vessel. It was apparently held, though without opinion, that such alien enemy could not be tried in England; the court eventually discharging him. King v. Depardo, 1 Taunt. 26.

stricted to the natural-born British subject as contradistinguished from the naturalized subject.[14]

In the United States the validity of such statutes has generally been assumed without much discussion.[15] No constitutional provision seems to stand in the way of such legislation. The provision of the sixth amendment to the Constitution of the United States, which provides for the trial of the accused in the State and district where the crime shall have been committed, applies only to crimes committed within a State,[16] and does not apply to crimes which are not committed within the territory of the United States.[17] The suggestion[18] that such legislation would conflict with the preamble to the Constitution of the United States which provides that the Constitution is ordered and established to "insure domestic tranquility" is probably not to be taken seriously. Our courts have upheld statutes which are intended primarily for the protection of the State, such as statutes which provide for punishing offenses against the election laws of such State even if committed by a subject in another State;[19] for punishing acts which are especially shocking to the standards of feeling of the State, such as an intermarriage between subjects of the State of different races, even though such marriage is solemnized in another jurisdiction where it is valid,[20] and for punishing acts which are injurious primarily to the interests of other subjects of the State, such as a theft committed by one subject from another subject in another jurisdiction.[21]

2. From a relatively early period the jurisdiction of the courts of admiralty had made the English law familiar with the power of a State over vessels sailing under its flag as well as over pirates. Accordingly, of the extraterritorial statutes which apply to the doing of an act, actually or constructively in the State which seeks to punish the doing of such act, or to the existence of a condition in such State or to the continuance of such condition, those whose validity is most thoroughly established in our law are the statutes which apply to an act done on a vessel which sails under the flag of the State which seeks to punish it,[22] or to an act done upon or by a pirate ship.[23] This power is ex-

[14] The court held that only a natural-born British subject could be tried by special commission under 9 Geo. 4, c. 31, sec. 7, for killing another British subject in a duel in France. Rex. v. Helsham, 4 C. and P. 394.

[15] Ex parte Kinney, 3 Hughes 9; Commonwealth v. Gaines, 2 Va. Cases 172; State ex rel. Chandler v. Main, 16 Wis. 398.

"It is admitted that it is competent for a State to legislate rules of conduct for its citizens while resident beyond its territorial limits." Holmes, J., in dissenting opinion; Commonwealth v. Gaines, 2 Va. Cas. 172.

[16] U. S. v. Dawson, 15 How. 467.

[17] Cook v. U. S., 138 U. S. 157; U. S. v. Arwo, 19 Wall. 486. See also In re Ross, 140 U. S. 453, as to trial on indictment by jury, etc.

[18] In re Fowles, 89 Kans. 430 (1913).

[19] State ex rel. Chandler v. Main, 16 Wis. 398.

[20] Ex parte Kinney, 3 Hughes 9. See also Kinney v. Commonwealth, 30 Gratt. (Va.) 858, where, on similar facts, the crime charged was unlawful cohabitation in Virginia.

[21] Commonwealth v. Gaines, 2 Va. Cases 172.

[22] St. Clair v. U. S., 154 U. S. 134; Andersen v. U. S., 170 U. S. 481; Regina v. Dillon, 11 New Bruns. (6 Allen) 61. This act, however, must be one which, in legal theory at least, is performed upon such vessel. U. S. v. McGill, 4 Dall. 426; U. S. v. Davis, 2 Sumner 482. Compare U. S. v. Pirates, 5 Wheat. 184; U. S. v. Bevans, 24 Fed. Cas. No. 14589.

[23] U. S. v. Holmes, 5 Wheat. 412; U. S. v. Pirates, 5 Wheat. 184; U. S. v. Klintock, 5 Wheat. 144.

plained by many of the courts and writers as being territorial,[24] or, to use the expression which in our law generally shows the use of a legal fiction, quasiterritorial.[25] The power of the State to enforce and apply such a statute does not depend in the least upon the fact that the wrongdoer is a citizen of such State,[26] or that the injured party is a citizen of such State.[27] The power of the State under whose flag a vessel sails to punish offenses upon such vessels, extend alike to a vessel on the high seas,[28] to one so near the coast of another States as to be within the territorial jurisdiction of such State;[29] to one in a harbor of another State,[30] or to one upon a river within such State,[31] without reference to the ebbing or flowing of the tide in such river. Federal criminal law, however, depends on statute, and the power of the State is not extraterritorial at the common law, except possibly in cases of treason. Accordingly when the United States enacted a statute, the application of which was in terms restricted to the high seas, it thus made no attempt to provide for the punishment of an act done on such a vessel in a navigable river, or in any other body of water accessible from the high seas but not a part thereof.[32]

---

[24] As a fiction or a figure of speech it is said that a vessel on the high seas is a part of the territory of the nation under whose flag it sails. Regina *v.* Sattler, Dearsley and Bell's Crown Cases 539 (545)

A vessel is said to be a floating island. Regina *v.* Kinsman, 2 Nova Scotia (James's Report) 62. See also Moore Int. L. Dig. I, p. 930. For a criticism of this doctrine see Hall, International Law (5th ed.) 249 et seq. This jurisdiction is exclusive as to acts done on the high seas. Regina *v.* Lewis, 7 Cox C. C. 277; Regina *v.* Serva, 2 C. and K. 53; U. S. *v.* Pirates, 5 Wheat. 184. The courts of Nova Scotia have no jurisdiction of an indecent assault committed on the high seas in an American vessel against a British subject by one who was not a British subject. Regina *v.* Kinsman, 2 Nova Scotia 62; James's Reports 62.

"A person who comes on board a British ship where English law is reigning places himself under the protection of the British flag, and, as a correlative, if he thus becomes entitled to our law's protection, he becomes amenable to its jurisdiction and liable to the punishment it inflicts upon those who infringe its requirements. I can draw no distinction between those who form part of the crew, those who come to work in or on the ship, those who are present involuntarily, or those who come as passengers." Regina *v.* Carr, 10 Q. B. D. 76 (85).

[25] Moore Int. L. Dig. I, p. 930.

[26] Regina *v.* Sattler, Dearsly and Bell's Crown Cases, 539 (545); Regina *v.* Lopez, Dearsly and Bell's Crown Cases, 525 (545); Regina *v.* Peel, 9 Cox C. C., 220; Regina *v.* Carr, 10 Q. B. D., 76.

It is not necessary that the accused should be a member of the crew of such vessel.

A murder on the high seas on a British man-of-war is regarded as a murder within the jurisdiction of England for the purpose of extradition, even if the accused is a citizen of the United States. U. S. *v.* Robins, 27 Fed. Cas. No. 16175.

[27] Regina *v.* Lesley, Bell's C. C., 220.

[28] Regina *v.* Sattler, Dearsly and Bell's Crown Cases, 539; Regina *v.* Lopez, Dearsly and Bell's Crown Cases, 525; Regina *v.* Peel, 9 Cox C. C., 220; Regina *v.* Carr, 10 Q. B. D., 76; St. Clair *v.* U. S., 154 U. S., 134; Andersen *v.* U. S., 170, 481.

[29] U. S. *v.* Ross, 27 Fed. Cas., 16196, 1 Gall., 624; U. S. *v.* Pirates, 5 Wheat., 184.

[30] In re Ross, 140 U. S., 453.

[31] In navigable river, Rex *v.* Allen, 7 C. & P., 664; Regina *v.* Anderson, 11 Cox C. C., 198; United States *v.* Rodgers, 150 U. S., 249; Ex parte Byers, 32 Fed., 404; Miller's Case, 17 Fed. Cas., 9558, Brown, Admir., 156; U. S. *v.* Bennett, 24 Fed. Cas., 14574, 3 Hughes, 466; U. S. *v.* Imbert, 26 Fed. Cas., 15438, 4 Wash., 702; U. S. *v.* Gordon, 25 Fed. Cas., No. 15231, 5 Blatchf., p. 18; U. S. *v.* Beyer, 31 Fed., 35.

[32] For a crime on a vessel in a foreign harbor, see U. S. *v.* Seagrist, 27 Fed. Cas., 16245, 4 Blatchf., 420; U. S. *v.* Jackson, 26 Fed. Cas., 15457.

The same rule applies to a vessel lying in a harbor of one of the United States. U. S. *v.* Wilson, 28 Fed. Cas., 16731, 3 Blatchf., 435; Ex parte O'Hare, 179 Fed., 662 (reversing Ex parte O'Hare, 171 Fed., 290); U. S. *v.* Bevans, 3 Wheat., 336.

For a crime on a vessel in a foreign navigable river, see U. S. *v.* Wiltberger, 5 Wheat., 76.

The cases decided under such a statute must not be understood as limiting the power of the United States to its vessels on the high sea only.[53]

The power of the State to provide for the punishment of an offense committed on a vessel sailing under its flag applies alike to public and to private vessels. It is said that if the vessel is within the territorial limits of another government, such other government may punish an offense committed upon a private vessel, but not one committed upon a public vessel. This last statement, however, seems too broad to be accurate; for, if the government under whose flag the public vessel is sailing, voluntarily surrenders the wrongdoer to the local authorities of the port for punishment, the public character of such vessel does not seem to be a protection to the wrongdoer.[54] The real distinction is that at our law the local government may punish a crime committed upon a private vessel within its territorial jurisdiction if it chooses, even if the government under whose flag such vessel demands the surrender of the guilty person for trial;[55] while in the case of the public vessel, the local courts will not attempt to act unless the criminal is surrendered voluntarily by the officers of such public vessel.

In the foregoing cases of this group the extraterritorial power of the State was very generally recognized from an early time by the English courts, and it was exercised very frequently. In many of the remaining cases of this group no attempt was made to exercise the power of the State to provide for and to punish extraterritorial acts until a comparatively recent time. Where the State has attempted to exercise this power and where any part of the criminal act is done in such State, the validity of such statutes is generally upheld.[56] If a thief commits larceny in one State and carries the stolen property into another, the latter State may provide that such bringing of such stolen property across the State line shall be deemed a fresh asportation, and shall be punished as larceny.[57] In this case, although the original criminal act was com-

[53] The Federal statute has, since the decision of this case, been amended so as to include bays, rivers, and the like. See R. S. U. S., sec. 5346, and United States *v.* Rodgers, 150 U. S., 249, S. 132. See also Wynne *v.* U. S., 217 U. S., 234.

[54] U. S. *v.* Diaz, 1 Porto Rico Fed., 186.

If the foreign vessel is a foreign public vessel, no jurisdiction can be asserted over it against the will of its officers or of the State to which it belongs.

Although these are not criminal cases, see Schooner Exchange *v.* McFaddon, 7 Cranch, 116; The *Constitution*, 48 L. J. P. D. and A., 13; The *Parlement Belge*, L. R. 5 P. D., 197.

[55] Wildenhus' Case, 120 U. S., 1.

The power of the local government is clear where the nation under whose flag the vessel sails does not object to the act of the local government in punishing such criminal. Rex *v.* Parish, 1 Hawaii, 36.

The local courts can not take jurisdiction of such cases unless it so conferred by statute. Regina *v.* Keyn, L. R. 2 Exch. Div., 63; U. S. *v.* Kessler, 26 Fed Cas., No. 15528, Baldwin. 15.

[56] State may punish for act done outside which produces effect inside State. Simpson *v.* State, 92 Ga. 41, 44 Am. St. Rep. 75; Hobbs *v.* Commonwealth, 156 Ky. 847; People *v.* Williams, 24 Mich. 156; People *v.* Arnstein, 211 N. Y. 585, 105 N. E. 814, 138 N. Y. S. 806; People ex rel. *v.* Hyatt, 172 N. Y. 176, 92 Am. St. Rep. 706; Hamilton *v.* State, 11 Ohio 435; State *v.* Morrow, 40 S. Car. 221, 18 S. E. 853; State *v.* Piver, 74 Wash. 96, 49 L. R. A. (N. S.) 941, 132 Pac. 858.

[57] Hobbs *v.* Commonwealth, 156 Ky. 847; Tramwill *v.* Commonwealth, 148 Ky. 624; Ferril *v.* Commonwealth, 1 Duv. 153; People *v.* Williams, 24 Mich. 156; Hamilton *v.* State, 11 Ohio 435.

It has been said that whether or not such statute might be valid if the larceny had taken place in a foreign country, if a larceny "takes place in another State of our Union, and the wrong is continued within our own State, it is not and can not be a matter wholly indifferent to our Government." People *v.* Williams, 24 Mich. 156.

On the other hand, it is said that the relation of the different States of the United States to one another is such that a breach of the common law of one State is no more cognizable in another than would be a breach of the criminal law of Mexico, France, or England. Simpson *v.* State, 28 Tenn. (4 Humph.) 455.

mitted in another State, the wrong which the second State seeks to punish was committed within its own territorial limits. The only fiction in this case is the fiction of the taking anew in the latter State; and if the statute had provided for punishing the criminal for having wrongful possession of property not even this fiction would be necessary.

One who shoots at another across a State line may be punished for the appropriate crime in the jurisdiction in which his victim was standing at the time of such shooting if the bullet crosses the State line.[38] In this case it is probably not a departure from fact to say that the wrongdoer caused an act to be done in the other State, although he has no control of the bullet from the time it starts upon its course, and although no crime would be committed in the State in which the intended victim stood, if through poor aim, or by accident, the bullet did not cross the State line.

In other cases the wrongful act may be given effect only through the intervention of some innocent agency. Where a corporeal thing is sent from without the State to a point within the State, as where some unlawful drug[39] is sent by mail, it is not a wide departure from fact to say that the wrongdoer, though outside of the State, commits an act within the State. Where the wrongful act consists in sending a libel[40] or a fraudulent statement[41] by mail from a point without a State to a point within it, the same principle applies. In all these cases the courts have upheld statutes which provide for the punishment of such crimes in the State into which such articles were sent and often have treated the act as done within the State at common law. Like principles ought to authorize the punishment of one who is not a subject, for a violation of an election law where the State permits a political election to be held outside of its territorial limits; but such authority as there is has declined to recognize the validity of a statute of this type.[42]

In all these cases the wrongdoer intends that a part of the act shall be done within the State which is seeking to punish it, or shall produce an effect therein. The same principle has, however, been applied to cases where the wrongdoer has no such intention. Our courts have upheld statutes which provide that if a deadly blow is stuck in one State and the injured man dies in another, the man who struck such blow may be punished in the State in which the injured man dies,[43] although in many cases the guilty person does not intend that the injured person should go to such other State, and had in fact no reason to believe that he would do so. Liability to punishment in the State in which the victim dies is said to be one of the risks which the wrongdoer takes when he strikes a deadly blow.[44] Statutes which provide for

---

[38] Shooting across State line. Simpson *v.* State, 92 Ga. 41, 44 Am. St. Rep. 75.

[39] State *v.* Morrow, 40 S. Car. 221, 18 S. E. 853.

[40] State *v.* Piver, 74 Wash. 96; 49 L. R. A. (N. S.) 941; 132 Pac. 858 (1913); Commonwealth *v.* Blanding, 3 Pick. 304, 15 Am. Dec. 214; Mills *v.* State, 18 Nebr. 575, 26 N. W. 354.

[41] Noyes *v.* State, 41 N. J. L. 418; Adams *v.* People, 1 N. Y. 173 (1848), affirming People *v.* Adams, 3 Denio 190 (1846).

[42] Commonwealth *v.* Kunzmann, 41 Pa. St. 429.

[43] Blow in foreign State; death in punishing State. Green *v.* State, 66 Ala. 40 (1880); Commonwealth *v.* Macloon, 101 Mass. 1; Tyler *v.* People, 8 Mich. 320 (1860); State *v.* Carter, 27 N. J. L. (3 Dutch.) 499 (1859); Hunter *v.* State, 40 N. J. L. (11 Vr.) 495; State *v.* Carter, 27 N. J. L. (3 Dutch.) 499 (1859).

[44] "The most plausible form of the argument against the jurisdiction is, that the coming into the State is the act not of the wrongdoer, but of the injured person, and therefore should not subject the former to the jurisdiction, merely because the latter happens to die there. But it is the nature and the right of every man to move about at his pleasure, except so far as restrained by law; and whoever gives him a mortal blow assumes the risk of this, and in the view of the law, as in that of morals, takes his life wherever he happens to die of that wound; and may be there punished if the laws of the country have been so framed as to cover such a case." Commonwealth *v.* Macloon, 101 Mass. I (1869).

the punishment of a parent who does not support a minor child, and which in terms apply to parents who never were residents of the State where such child lived when such support was not furnished, have been upheld, even if such parent did not intend that the child would go to such State, and had no reason to believe that he would do so.[45] In these cases the criminal is held for the continuance or the result of a condition for which he is undoubtedly responsible, but which does not follow from any act done by the accused in the State which seeks to punish it.

A case midway between the two preceding classes of cases is one in which a forgery is uttered and the forger expects that it will be presented by an innocent person in another State. A statute which provides for punishing the forger in the State in which such instrument is presented is upheld,[46] although it is, of course, perfectly possible that the forgery may be discovered before the instrument is brought into such State, and that accordingly such instrument may never be presented.

In the foregoing cases the act within the State was either committed without any intervening agency or by means of an intervening agency of an innocent person. A different result has been reached in many cases where the intervening agency was that of a guilty person. In some cases it has been held that the person who performs only that part of the act which is done outside of the State can not be punished within the State in which the guilty agent performed the rest of such act.[47] This result, however, does not seem to turn on any theory which the courts hold as to the power of the State to provide for punishing such acts; but rather to turn on the common law distinction between a principal and an accessory before the fact. At common law the crime of the accessory before the fact was not the crime of his principal, but the crime of inducing his principal to commit such crime; and the crime of the accessory was, therefore, committed where he so induced the principal to act, and not where the principal acted. Accordingly, where this distinction prevailed, the accessory could be punished only where he thus induced the principal to act, and not where the principal acted. Where the common law distinction does not exist[48] or where it has been abolished,[49] the State in which any part of the wrongful act is committed by a guilty agent, has power to punish all persons who took part in such act even if they were not present physically within such State when such act was done. Probably, if the crime were committed so close to a State line that all involved could be regarded as principles, the common law would permit the State in which the criminal act was done to punish the criminals who were in the other State at the time that such act was done.

3. Statutes which attempt to punish an extraterritorial act which is not committed by a subject and which can not be explained by the territorial theory, but which tends to injure the State or its subjecs, are very rare; and the

[45] Abandoning child. In re Fowles, 89 Kan. 430 (1913); State *v.* Sanner, 81 O. S. 393, 26 L. R. A. (N. S.) 1093, 90 N. E. 1007. But compare In re Poage, 87 O. S. 72, 100 N. E. 125. For the opposite view see obiter in Ex parte Kuhns, 36 Nev. 487, 137 Pac. 83.

[46] Adams *v.* People, 1 N. Y. 173 (1848); affirming People *v.* Adams, 3 Denio 190 (1846).

[47] Ferrill *v.* Commonwealth, 62 Ky (1 Duv.) 153; State *v.* Moore, 46 N. H. (6 Foster) 448; State *v.* Wyckoff, 31 N. J. L. (II Vr.) 65 (1864). Contra State *v.* Grady, 34 Conn. 118.

[48] As in misdemeanors. Commonwealth *v.* Eggleston, 128 Mass. 408. See for an offense punished by a statutory penalty Barkhamsted *v.* Parsons, 3 Conn. 1. See for conspiracy Hyde *v.* U. S., 225 U. S. 347; Brown *v.* Elliott, 225 U. S. 392; Commonwealth *v.* Gillespie, 7 Serg. & R. (Pa.) 469, 10 Am. Dec. 475.

[49] Commonwealth *v.* Smith, 93 Mass. (11 Allen) 243.

courts of the States of the United States have generally said that the State had no power to enact them.[50] This result has been reached even where the act directly injures the State itself. A statute which provides for punishing an unnaturalized foreigner for voting at a State election which was held outside of the limits of the State was said to be invalid,[51] although it was said that if such election could be held in such place the State might punish its own subjects for violating the provisions of such statute. A statute which provides for punishing residents of neighboring States who should counterfeit the bills of credit of North Carolina was held to be invalid as applied to one who never was a citizen of North Carolina, and who committed such forgery in Virginia.[52] If the courts reach this result where the act tends to injure the State directly, it is only natural to expect that they will reach the same result where the act tends to injure the State only through its subjects. Acordingly it has been held that the State can not make it a crime for one who is not a resident and not a subject of such State to sell a person who shall have been forcibly taken, inveigled, or kidnapped from such State.[53] A non-resident who owns land which is bounded by the State line and who turns his cattle loose in Missouri, knowing that they would go across the line into Arkansas, can not be punished in Arkansas for permitting his stock to run at large in that State.[54]

The reasoning by which the foregoing results have been reached would, apparently, apply to cases in which the criminal had gone at once to the State whose laws he had offended and had remained there permanently. It would seem that the only remedy of such State would be to insist that the State within whose territorial jurisdiction he was when he committed the crime, should institute extradition proceedings; that the injured State should then surrender him as a fugitive from justice; and that the other State should then punish him. If such other State should refuse so to do, on the ground that the injured State now had jurisdiction of the criminal and could inflict punishment directly, he could not, apparently, be punished at all under this theory.

Since our courts have declared that the State is powerless by means of the administration of criminal justice to protect itself against extraterritorial acts which tend to injure the State itself, or against the sale of its subjects into slavery, the assertion by the court of Texas of the power of the State to punish persons not its subjects and not residents, who, while without the State,

---

[50] Beattie *v.* State, 73 Ark. 428, 84 S. W. 477; People *v.* Merrill, 2 Park. Crim. (N. Y.) 590; State *v.* Knight, 3 N. Car. (2 Hayw.) 109, Taylor, 65; Commonwealth *v.* Kunzmann, 41 Pa. St. 429.

"Our legislature has no extraterritorial jurisdiction, and when it forbids in unqualified terms the doing of an act it must always be understood that the thing is only forbidden within this State." Bronson, J., Charles *v.* People, 1 N. Y. 180 (184).

"The laws of no nation can justly extend beyond its own territories, except so far as regards its own citizens." The Apollon, 9 Wheat, 362.

[51] Commonwealth *v.* Kunsman, 41 Pa. St. 429.

[52] State v. Knight, 3 N. C. (2 Hayw.) 109, Taylor, 65.

[53] People *v.* Merrill, 2 Park. Crim. (N. Y.) 590.

[54] "The legislature of this State has no power to punish a resident of Missouri for a lawful act done in that State. * * * To undertake to arrest and fine a resident of Missouri because he does not prevent his cattle from straying into this State would be to assume a jurisdiction over the residents of that State never intended by the statute, and beyond the power of the legislature to confer." Beattie *v.* State, 73 Ark. 428, 84 S. W. 477.

It has been held, however, that one who overflows a highway in New Hampshire by means of a dam may be punished in New Hampshire, although the dam is in Maine. State *v.* Lord, 16 N. H. 357.

forge instruments affecting the title to lands within such State,[58] must be regarded as directly opposed to the foregoing authorities. While it might be possible to explain this decision upon the ground that some part of the act such as the recording of the instrument would inevitably be done in the State in which the land was situated, the court did not explain its conclusion, upon any such theory, but after considering some of the earlier cases in which the contrary view was expressed, boldly asserted the power of the State to protect itself against such wrongs.[59] It may be that the peculiarly local character of land under our law may explain this decision; or it may be possible that the assimilation by the courts of Texas of some of the theories of the civil law may have produced this result.

In conclusion, then, it would appear that our courts have been influenced by their familiarity with the attempted exercise of power to give extraterritorial effect to statutes rather than by other considerations. If our law is thoroughly familiar with a certain kind of exercise of power, such as the power over a vessel sailing under the flag of the State, the existence of such power is assumed without question. If our law is not quite so familiar with the exercise of another kind of such power, as in the case of the power of the State over its subjects, the existence of that power is conceded, although with some hesitation. If the attempt to exercise the power has been rare, as in the case of the attempt of the State to protect itself against one who is not a subject and who injures the State by some act done within the territorial limits of another State, the power is generally denied.

Thus the courts have, as far as possible, limited the inherent power of the State to protect itself; and they have forced the State to make use of diplomatic channels as the sole means of securing redress in such cases. While the power to punish one who is not a subject for an act which is done in another State, of which, perhaps, he is a subject, should be reserved for offenses of the most serious nature and for cases in which the exercise of such power will not involve the injured State with the State within which such act is done, it is respectfully submitted that the power itself is one which is clearly inherent in every State, and which should not be denied to the legislature unless some specific constitutional provision enacted by an authority higher than that of the legislature forbids its exercise.

The CHAIRMAN. The next paper is by Mr. Shick, the secretary of the bureau of comparative law of the American Bar Association. He has kindly prepared a paper on the general subject, How may lawyers of one country be most easily and effectively made acquainted with the laws of another country? Mr. Shick is ill and unable to be present. I will therefore ask Mr. Phanor J. Eder to read the paper.

[58] Hanks v. State, 13 Tex. App. 289. See also Hann v. State, 4 Tex. App. 645.

In an earlier Texas case the right to punish such an offense was asserted, apparently on the theory that a part of the act was done in Texas. In that case a conspiracy to forge Texas land titles was entered into in Texas, and such instrument was forged in Illinois, the facsimile of county officials and bogus seals being obtained in Texas, and the instrument being returned to Texas and there placed on record. It was held that a crime against the State of Texas was committed even under the laws in force before the act of 1876, providing specifically for punishing persons who commit offenses against the State of Texas outside of the State. Ex parte Rogers, 10 Tex. App. 655 (1881).

[59] Hanks v. State, 13 Tex. App. 289.

HOW MAY LAWYERS OF ONE COUNTRY BE MOST EASILY AND EFFECTIVELY MADE ACQUAINTED WITH THE LAWS OF ANOTHER COUNTRY?

By ROBERT P. SHICK,

Secretary Bureau of Comparative Law of the American Bar Association.

The typical attitude of mind of the average lawyer is perhaps that of an eminent jurist, to whom this question was put, and his answer was, "What for, the legislator? Yes; to improve the laws of his country, * * * 'change' is not synonymous with 'improvement' * * * but why the lawyer?"

A message from war-torn Germany, in the throes of the greatest war the world has ever seen, sounds, however, the true note, and represents the true point of view in respect to this topic.

In the number of the Review of Comparative Jurisprudence and Political Economy, for the quarter ending in June, published in Berlin in July, 1915, is an article by Dr. Hans Wehberg, of Dusseldorf. Reviewing the work of the International Society of Comparative Jurisprudence and Political Economy, of Berlin, and particularly its twentieth anniversary, in 1914, he says:

The knowledge of foreign laws is vitally necessary for a national jurisprudence, and upon calm reflection it will appear that every isolation in this domain works harm only to the particular State. It is a general conviction that a State, in the development of modern national laws, must make use of the experience, not only of its own, but also of foreign peoples. This has been recognized particularly in the recent German efforts at codification. It is not a question whether a new institution has been borrowed from the foreign law or from the domestic law, but it is a question only, whether this innovation may be made useful to the particular people, and will afford an enrichment of its jurisprudence, or should one refuse to accept a principle, whose introduction would be of immeasurable blessing to his own people, because it has grown up in the territory of a nation at the time not particularly friendly in a political sense. Since the economical rivalry of nations has become stronger, the national economical life requires the best possible law. For this furnishes for trade and commerce the only sure foundation for competitive gain, and he who would strengthen and protect his own nation in its economical struggles must also seek to improve his national law by the introduction of meritorious principles of the foreign law. It would end only in great self-deception and self-harm for the nation if it would not imitate the best methods of other peoples.

The flood of development can not be diverted into a new course. It has become a world-wide economical struggle, and as such, requires a world-wide law. The development of mankind is a natural progress, that we can, it is true, influence, but in the main can not change at all. The advances in technical matters, which bind lands and peoples to one another, and bring all States intellectually and economically nearer to one another, will become even greater after the war, and trade and commerce will more than ever strive for a uniform law.

More than ever has this war brought to the hearts of Governments and peoples a hope for the methods of peaceful settlement of disputes, and a desire to develop these methods and to create norms of law of even larger comprehension for the relations between States. It is therefore a question of using every human effort to prevent for the longest possible time the return of bloody conflicts between States. For the real interests of States tend more and more to the cooperation of Governments.

If it be recognized that the real point of view is that an international law is a vital necessity to the life of a State, then it follows as a natural consequence that everything possible should be done to extend its development. An ideal international law, as we must strive to make it, is only possible when international jurisprudence does not pursue the Utopia of a German international law, but seeks to set up simplified norms and uniform rules for construction through the close cooperation with the learned of all other lands. * * * The nations must work upon one another in the way of instruction, but not through bitter and harsh words of partisanship, whenever it becomes a question of labor among savants. * * * The problems are great questions of peoples and mankind. The problems are earnest and hard, as yet enveloped in many shadows. Just as in any scientific contention earnestly and honorably maintained, there should be no place for harsh words of offensive criticism. The impoliteness of offensive comments upon a scientific opponent damages only the struggle for the common large purpose, viz, the firm belief of all peoples and States that the only firm and sure foundation builds for peace upon earth.

We Germans would be wrong if we were to consider our juristical abilities superior to those of all other peoples, and therefore entertain the opinion that not we, but they, could obtain any advantage from the common labor. * * * The truth is quite the contrary.

A glowing tribute is paid to the French Prof. Renault, to Asser, and others from France, Belgium, and other smaller States, in the field of private international law and at The Hague tribunal and conference there.

Each nation has its own peculiar virtues, and especially is this true in relation to juristical methods, and it is useful to learn to know these. * * *

We must be international, we must work together in an international way, so that the national values may not in anywise be lost. Therefore it remains now, as before, a noble aim to work together with the experts of all lands in confidence of the possibilities of the ever stronger unification of law.

The acquaintance with foreign laws for the purposes of general culture will not be discussed here.

The acquaintance with foreign law, however (1), for the purposes of comparative law or jurisprudence and the improvement of the national or domestic law thereby attainable, viewing comparative law as a practical science, and (2) on any particular point as to which a practicing lawyer needs to advise his client or in litigated matters to advise the court, presents the real questions, I take it, that will be of interest to this body.

For the very assembling of these delegates in a Pan American scientific congress connotes Pan American questions of law as a science involving domestic and international human relations, political, economical, social, and otherwise, that require rules of conduct for the governance of such relations.

The solution of these problems, growing in importance every day, and more difficult of solution, requires an approach thereto in the spirit or attitude of mind just defined in the words of Dr. Wehberg. The immediate work is educational, the quickening of interest in the study of comparative law on our American continents and the wide diffusion of the knowledge of these laws.

The means to this end are at hand and we have the benefit of the experience of other nations in this field. These agencies need to be more fully developed in our own country, similar agencies created in countries now lacking them, and a proper cooperation between these agencies in an international way brought about.

I. COMPARATIVE LAW BUREAUS OR SOCIETIES.

1. These should be established, their membership increased, funds supplied for their educational work, either from governmental sources or private endowments, communications between such societies increased, and a general spirit of cooperation between those "learned in the law" in all countries encouraged.

With ampler funds at their disposal and with governmental or quasi-official support these societies would be enabled to—

(*a*) Issue publications of foreign laws in handy form, both in the original language and translations, and likewise increase the scope of utility of their periodicals.

(*b*) Sudsidize or otherwise aid in having published original elementary books on foreign law, *i. e.*, books in the local language giving an outline of the foreign law in comparison with the local law. Local lawyers can not readily grasp foreign law by the mere translation of foreign books upon the foreign law. The use of the local language alone will not give this insight. It is necessary to present the foreign law to the local lawyer in a background of his own law, so that he may readily understand the foreign equivalents of substantive law and procedure. Particularly is this true where the judicial system of the foreign country operates upon an entirely different basis, has different powers and functions. Such books, as well as translations, in order to be readily intelligible to the local lawyer, must be prepared by persons not only qualified in the foreign language but also in the foreign constitutional and legal structures as a whole.

(*c*) Either alone or in cooperation with law schools, universities, or institutions of the character, for instance, of the Carnegie Endowment, to have courses given on foreign law, both by resident lawyers specializing therein and by persons specially invited from foreign countries to deliver courses of lectures upon the law and legal systems of those countries.

Foreign lawyers acquainted with the local language and legal customs or local lawyers acquainted with the foreign law and legal customs are equally in a position to give an intelligent grasp to a large number of hearers. Opportunity should be given by questions propounded to the lecturer to clear up doubtful points. Indeed, a course of lectures might very well be accompanied also by a kind of seminar wherein a running commentary can be interspersed with discussion, conversation, and explanation generally between lecturer and audience. Worthy of mention here is a course of lectures on Anglo-American law delivered by Arthur K. Kuhn, Esq., an associate editor on the staff of the Comparative Law Bureau of the American Bar Association, at the University of Zurich in 1914, in which he was able to put into practice some of the ideas above outlined with good effect. The lectures were attended not only by members of the bar, but by important members of the banking and business community engaged in transaction with England, the British colonies, and the United States.

(*d*) To have salaried officials or clerks and to maintain permanent headquarters, with facilities for the collection of books and the establishment of a library for this special field.

2. There should be greater cooperation between organizations working along allied lines in this field. In the United States of America, for instance, and with a special reference to Pan American affairs, there is a certain duplication of work as between various Government bureaus, the Pan American Union, the Bureau of Comparative Law,

and the Carnegie Endowment for International Conciliation. Duplication of work should be avoided, and, on the other hand, greater diffusion of the result of work done should be obtained. As far as Pan America is concerned, there is a possibility that a special bureau may be created in the Pan American Union, following the recommendation adopted at the recent Pan American financial congress, for promoting the work of uniformity of commercial laws. This would naturally necessitate a compilation of present-day laws prior to any attempt at uniformisation, to show the existing divergencies.

3. The first step in the development of comparative law as a practical science was in 1869, when some members of the bar of Paris organized the Société de Législation Comparée, having for its object "the study of the laws of different countries and the ascertainment of the means of harmonizing the divers subjects treated of in legislation." While activity was suspended partially during the war with Germany, soon afterwards the practical benefits achieved became so apparent that the membership gradually embraced the most learned legal scholars of France and many distinguished foreign jurists. The assistance rendered to Parliament, courts, and teachers of law was extended to the Government itself through the minister of justice and led to the beginning of translations of all foreign fundamental laws under the direction of the council of state. On December 4, 1873, the Government decreed the society to be an establishment of public utility. It has accomplished much, and includes among its members the foremost men of the French bar, besides hundreds of individuals, associations, and libraries in all parts of the world. It has also received a subvention from Mr. Carnegie. Its bulletins are published monthly and contain comments of leading decisions, important legislation, book reviews, and articles on special subjects comparatively from the historical and modern standpoints. It holds conferences once a month, at which various features of comparative law study are discussed and specific legislation advocated or criticized. It has grown into a great and powerful body, with a library of some 40,000 volumes.

This pioneer in organized effort has not been without influence in other countries.

In 1895 the Society of Comparative Legislation was founded in London, and at once received general recognition from the English bar. It publishes an annual journal on the lines of the bulletin of the French society, and is considered an invaluable aid to Parliament and to judges and barristers throughout the United Kingdom.

In 1905 the Berlin Society for the Study of Comparative Jurisprudence and Political Economy (Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre) began issuing supplemental "Blätter" devoted to the bibliography of current legal literature and discussions of new legislation in foreign countries prepared specially by the "International Institut für Social-Bibliographie." This society itself celebrated its twentieth anniversary in 1914.

In January, 1908, the Institut de Droit Comparée was organized in Brussels and has since published several "revues" of high merit. Leading judges and lawyers are engaged in the work, which promises to be of much material assistance to Belgian jurisprudence and legislation.

In December, 1908, a group of distinguished Spanish lawyers at Madrid founded the "Instituto Ibero-Americano de Derecho Positivo Comparado" and took over the Revista de Legislacion, an old and well-known journal, as a means of assisting the work of the new society.

All of these publications contain large sections devoted to intelligent, critical, and instructive commentaries on the Federal and State laws of this country.

In America the subject received no organized recognition until the Pennsylvania State Bar Association, at its annual meeting in 1905, appointed a committee to consider it. That committee perceived, and so reported, that any adequate project would be too great for one State body and that the matter should be brought to the attention of the American Bar Association. As a result of this suggestion, that association, having appointed a committee to consider the best method of accomplishing the desired end, and acting upon its report at the annual meeting in August, 1907, authorized the organization of the comparative law bureau. This was done and its work has become known generally to the lawyers of the country and, to a great extent, abroad, through the publication of its first annual bulletin of July 1, 1908, which, while necessarily somewhat fragmentary as an initial issue, presented a fair review of legislation and bibliography of each of the important countries of the world. This bureau has now issued eight bulletins, the last appearing as the April number of the American Bar Association Journal. Its work is the best spokesman for itself.

4. The gain to national or domestic law in the better securing the real expression of the people's will by proper statutory enactment through a study of comparative law or jurisprudence has already become well recognized in our country.

We need but refer *inter alia* to—

(*a*) The work of the various legislative reference bureaus connected with the majority of our State governments. The New York State Library in its Yearbook of Legislation

and the legislative reference department of the State library in Wisconsin were the pioneers in this field, and have done most excellent work in the way of accumulating basic material needful to a student of comparative law. Their work has borne substantial fruit in the way of influence for good upon the legislation in those States.

(*b*) The legislative drafting department of the Columbia University, of New York City, of which Prof. Thomas I. Parkinson is the director. This department of Columbia University has become a truly scientific, nonpartisan legislative research bureau, and is doing most excellent work to correct the great evils of hasty, ill-advised, or unconstitutional legislation in New York State and elsewhere, where its counsel and advice are being invoked.

II. MAKING AVAILABLE KNOWLEDGE OF PARTICULAR POINTS OF FOREIGN LAW.

1. On the second branch of the topic, viz: The making available knowledge of particular points in foreign law, the following ideas in addition to all of the foregoing suggest themselves:

A duty devolves upon librarians. Collections of foreign law must be developed. With special reference to our own country, law libraries should take definite steps to systematise their work, cut down unnecessary duplications, and fill up their collections. The desideratum would seem to be to have available somewhere within the country every law book and law treatise of any kind whatsoever published anywhere in the world. On the other hand, for the vast majority of such books, one copy in the entire country would be sufficient. The law libraries at present go to needless expense in providing themselves with books which remain on their shelves for years and years without ever being consulted by anybody. Each large library should specialize either in the law of one particular country or in the laws of all countries on a particular branch, except as to the fundamental laws and standard elementary treatises which might be more frequently consulted.

2. A system of ready exchange between libraries could be built up to make available the foregoing special collections as well as complete bibliographical information made available in each library.

3. Where an immediate answer is not required, but on the other hand there may be time for sending abroad for consultation, either for private counsel or for use in court, official bodies should be established in each country to whom, either through official channels or direct, the different consultations may be addressed on points of law. The character of these bodies should be so high that their opinion would be accepted by all parties to the controversy and by the court. In other words, the government or other official body should guarantee the capability and impartiality of the persons to whom the consultation was addressed, as well as assure that only reasonable fees be charged. Such a system generally in vogue would avoid expense that is now often prohibitory and would, on the whole, be more satisfactory, I believe, than the present method in litigated cases, of each side consulting or importing heavily feed experts.

A plan has been adopted on the continent of Europe that is worthy of mention. A central board of lawyers versed in foreign laws undertakes to give replies to local lawyers upon the statutes and jurisprudence of foreign countries. Such a board was established some years ago in Brussels and a similar one is also to be found in Berlin. The board does not attempt to disseminate a general knowledge of the foreign law, but only to assist the local practitioner in tracing the statutory law and jurisprudence of the particular country upon specially requested topics.

A closing word of greeting to our Latin-American brethren in the law from the comparative law bureau of the American Bar Association. As the secretary of that bureau I cordially invite you to join us in our labors. Our Latin-American committee, Messrs. Phanor J. Eder, Leo S. Rowe, Joseph Wheless, Robert J. Kerr, Lamar C. Quintero, Walter S. Penfield, and Lucius Q. C. Lamar, are doing most excellent work, but it is necessarily limited.

We of the Northern Continent need greater enlightenment upon the laws and jurisprudence of the Central and South American continents. We American lawyers, in a Pan American sense of the word, can learn much from one another.

The comparative law bureau opens its columns to all jurists, and especially invites all Pan American lawyers, jurists, and publicists to use its bulletin for discussion of any matters of general interest in the field of jurisprudence.

Political, social, and economical forces are making for closer relations between all American Governments and peoples. I need but cite the "A. B. C. Conference" at Niagara in 1914; the Pan American Financial Congress in Washington, D. C., last May; the visits of Dr. Leo S. Rowe to South America in the interest of educational matters; and the present mission of Mr. H. E. Alexander to South America in the interest of better commercial conditions.

The American Bar Association at its annual meeting in Washington in 1914 was charmed and instructed by the most interesting and illuminating address by Dr. Naon, the ambassador from the Argentine Republic, with its clear exposition of the idealistic principles so strongly influencing the constitutional life of the Argentine nation. We hope his address is but the beginning of such talks upon Pan American questions of law. We all must work together internationally, through the agencies above suggested. If we do, we lawyers may look with confidence into the future in our work of building up a great system of Pan American law to govern the peoples of the American continents in their international relations, conserving, however, at the same time all the values of national systems of substantive law or procedure.

The CHAIRMAN. This closes the meeting this morning, and it will stand adjourned until this afternoon.

Thereupon, at 12.20 o'clock, the session adjourned.

SESSION OF SUBSECTION 3 OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Tuesday afternoon, January 4, 1916.

Chairman, EUGENE WAMBAUGH.

The session was called to order at 2 o'clock by the chairman.

The CHAIRMAN. The first paper on the program this afternoon is by Dr. John H. Wigmore, dean of the law faculty of Northwestern University, on the "International assimilation of law." The paper will be read by Mr. George H. Boke, owing to the absence of Dr. Wigmore.

THE INTERNATIONAL ASSIMILATION OF LAW—ITS NEEDS AND ITS POSSIBILITIES FROM AN AMERICAN STANDPOINT.

By JOHN H. WIGMORE,

Professor of Law in Northwestern University.

A notable feature of contemporary international life is the movement for the assimilation or unification of private law and procedure among nations. The present tremendous conflict of arms has only suspended temporarily this movement; for its causes and agencies are permanent, and will soon again resume their action.

This movement can be traced back definitely for more than two generations. It first became a conscious aspiration of eminent leaders at the time of the earliest international expositions, in the eighteen hundred and fifties, at London and at Paris. It now possesses a considerable history.[1]

The fields in which it first showed activity and progress were three; the maritime law of general average, the commercial law of bills of exchange, and the commercial law and administration of railway freights. It extended soon to the law of copyright, trade-marks, and patents of invention, and to other parts of maritime law.

Another special field inviting its extension was that of conflict of laws (or, private international law); and several conferences during the last 25 years at The Hague and in Latin America advanced its progress materially in that department. Portions of civil procedure here came to feel its influence.

Meantime, in the form of official unions for administrative purposes, another aspect was seen. Conventions for cooperation in postal service, in telegraphic

[1] That history forms the subject of five chapters in part III of Vol. XI of the Continental Legal History Series, "The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century," by various authors, published in 1916 under the auspices of the Association of American Law Schools and edited by the present writer.

service, in police measures, and in commercial measures, effected a virtual international assimilation of practice.[1]

Apart from the documents exhibiting these several measures of assimilation in specific parts of the law, the literature discussing the movement at large has now grown to some size.[2] The scope of the subjects in which assimilation is potentially possible has been examined. The various methods of effecting it have been noted, and the varying success of the measures already adopted, as well as the causes for the movement and the need for its acceleration and extension.

At one extreme stand enthusiasts, like Leone Levi of England and Ivan Perich of Serbia, who believe in its unlimited possibilities and desirability; these are mostly of the earlier generation. At the other extreme are skeptics like Picard of Belgium, who do not believe in its intrinsic desirability as a general aim. In the middle stand some cautious practical observers like Nippold of Switzerland, Baldwin of the United States, and Ripert of France, who sympathize with the efforts made and making, but realize that such a movement must rest on a solid basis of harmonized custom; that it can not advance faster than the need for it, and that it involves practical difficulties which can be effectually surmounted only by elaborate detailed studies and by repeated conferences of experts and national representatives.

The time has now fairly come for us to realize that there is such a marked and general movement, progressing on a large scale, and that it must be studied as a whole. And yet no writer hitherto appears to have considered it, as a whole, in its possibilities and needs for the future, from an American standpoint. It is the purpose of the present paper to consider it from that standpoint.

The subject will be treated under three main heads:

What is in general the need or the utility of an international assimilation or unification of law?

What are the methods by which experience shows that it may be achieved?

What is the part to be played in this movement by the United States of America?

Reflecting on the history of the movement for unification of law as it has grown during the last two generations and more, analyzing its revelations of success and of failure, and estimating its lessons in the light of the needs and the tendencies of the times, the following conclusions may be ventured:

1. International unification of law, as an end in itself, is not desirable.

2. International unification of law, or concert in modes of justice, is desirable, so far as it is a means for removing inconveniences and other obstacles actually experienced in commerce and general intercourse and due to divergencies of national law or to abuses not reachable without international concert.

3. The methods of unification and of concert must vary, according to what is most feasible in each separate part of the field.

4. The Federal organization of the United States is both useful and detrimental in this enterprise—useful, in that its internal operation presents valuable analogies for world legislation; and detrimental, in that its external operation renders this Nation as yet incapable of doing its just share to advance the good cause.

These conclusions will now be briefly explained.

1. International unification of law, as an end in itself, is not desirable. For it flies in the face of that beneficent biological truth, the differentiation of

[1] Minister Paul Reinsch's volume on "Public International Unions" (1910), describes these fully.

[2] It is cited in the chapters of the work first cited above.

species. It aims to suppress that variety of life which intrinsically must express itself in a rich and healthy variety of custom and law. Life without liberty is valueless, and liberty signifies individuality and originality, for nations as for men: The eloquent exposition of this truth by M. Picard, the eminent Belgian jurist,[1] leaves nothing to be added. A general unification of law "could signify nothing more than artificiality, despotism, and fragility."

The world is to-day witnessing a brutal, bloody, and needless struggle, due to the conceited ambition of one people to impose its own standards upon other peoples—a childish, crude conceit in the superiority of its own "culture," and a ruthless ambition to force others to conform. Each nation has and always will have its own conceit; there is a self-conceit of London, of Paris, of Madrid, of New York, and of the peoples of those countries. But hitherto that conceit has been satisfied by each country keeping to its own ways, in proud and harmless self-satisfaction. We are now witnessing for the first time the effects of an aggressive conceit, which reaches out to impose its own standards on others. And the world does not and will not endure this kind of conceit, nor this kind of unification. Live and let live, is the beneficent law of life.

A true unification must come by abnegation, not by imposition. The history of the successful parts of this movement shows that harmony has been reached only when each nation gave up some part of its own cherished customs, as a contribution necessary to final harmony.

Such a sacrifice is required only for the sake of overcoming some common danger or menace to life. It is not demandable for the sake of unification alone—which is only an abstraction, profitable to no one. Thus, plainly, a unification, for the sake of unification in itself, can only be the repulsive one resulting from the coercive imposition of one nation's standards upon others. And the only sound and desirable unification is that which arises from the voluntary cooperation of nations, large and small, each sacrificing some valued customs of its own for the sake of avoiding some disadvantage and thus of enhancing the common welfare.

This brings me to the second proposition:

2. International unification of law, or concert in modes of justice, is desirable, so far as it provides a means for removing inconveniences and other obstacles, actually experienced in commerce and general intercourse and due to divergencies of national law or to abuses not reachable without international concert.

The history of all of the vigorous movements for uniformity illustrates this truth. In the international fields of commercial paper, of railway freight traffic, of postal service, of maritime freight contracts, of navigation, of trademarks, patents, and copyrights, the inconveniences and obstacles caused by divergent laws became intolerable and forced all parties to cooperate to avoid them. In sanitation, in the slave trade, in the opium trade, in bankruptcy, in extradition, the abuses feasible for individuals practicing dangerous or wrongful acts in the immunity of a foreign jurisdiction created intolerable conditions, which naturally called for a concert of repressive action.

Whenever, therefore, conditions of either sort exist, international unification of law or concert in modes of justice becomes desirable.

Are there any such conditions remaining in any fields of custom, law, or justice? Undoubtedly.

To catalogue them here would be needless. Many of them, indeed, are so obvious that they clamor unceasingly for attention. Our slowness in girding up for action to remedy them should give us shame. And I would not utter

[1] Op. cit., Ch. V, first essay.

a word to hold back such efforts. I would only have it understood that our true aim and guiding principle should be not to chase the ignis fatuus of unification in itself, but to toil assiduously for unification or concert as a necessary means to remove specific existing obstacles to convenience and safety in commerce and general intercourse.

And this brings me to my third proposition, which is the answer to the question, What are the available methods for securing this unification and concert?

3. The methods of unification and of concert must vary according to what is most feasible in each separate part of the field.

Here, emphatically, history becomes our best teacher.

The methods available are four in number:

(*a*) Uniform usage of individual parties or groups, by voluntary agreement; (*b*) uniform national law, by voluntary national legislation; (*c*) unified international law and administration; (*d*) uniform national rules for conflicts of laws.

(*a*) *Uniform usage of individual parties or groups by voluntary agreement.*—This method is the one most solid in its foundations; because all laws are based on interests, and represent the result of a rational struggle in which one interest dominates for the time over another (as Bagehot and Ihering long ago pointed out); and if this struggle between interests can be brought to an equilibrium by direct concord of the representatives themselves of those interests, the adjustment is the more likely to be satisfactory and permanent.

On the other hand, such an adjustment lacks legislative sanction, and therefore the State's coercion of an obstinate minority is impossible; and this is likely to be fatal. But nowadays the organization of these interests themselves—the trading, the manufacturing, and the professional associations—is growing so powerful that an economic coercion is often possible, and is then as effective as a State coercion.

The only real danger in this method arises when the organized interests themselves settle their uniform practice to the disregard and detriment of outside interests—i. e., of the public in general.

The feasibility of this method, and the extent to which it has actually come to be employed, would perhaps be surprising to those who have not studied the history of the facts. The most notable example of it is the York-Antwerp rules for maritime general average, which came into use by voluntary practice in the contracts of freighters, after a generation of fruitless attempts to agree upon an international treaty.[1] To-day these rules are universally observed without apparently having the legislative support of a single nation.

This method of unification is the one most natural to the Anglo-American principle of individual liberty and self-control. It has almost unlimited possibilities now awaiting (and demanding) its employment. What is needed is simply more self-sacrifice among the interests concerned (i. e., more enlightened self-interest), and a few leaders to devote themselves to the cause.[2]

(*b*) *Uniform national law, by voluntary national legislation.*—Hitherto this has been the method most obvious and most thought of. Its successes have been great, as the history of the various fields exhibits. But its failures have also been notable.

A main reason for the failures seems to have been the intellectual gap between the international drafting bodies and the national legislative bodies.

---

[1] Cohn, op. cit., Ch. I.

[2] "Individual effort has done more to spread the vogue of these rules than all the reports of official commissions to their various governments" (Bousquet, 1906, "Commentaire pratique des Règles d' York et d'Anvers," p. 25).

The former are usually experts in the subject, and they have had the benefit of the debates of the conferences; so that they fully appreciate the necessity of the sacrifices made for international harmony. The latter are not experts; they are not keenly alive to the necessity of compromise; they are alarmed by the ex parte arguments of the defeated interests; they give no hearing to the international delegates; the subject is crowded aside in their minds by the pressure of domestic legislative problems. They proceed to sanction the international draft only when the subject is of small scope and uncontroverted in its proposals, or when the national delegates to the international conference happen to be men of political prestige who command the confidence of the respective national legislators.

Another shortcoming in this method[1] is that a status of legislative rest is never perfectly attained at any time. Either the next international conference makes new alterations and additions, which would require new action by many legislatures before uniformity is restored. Or the national courts soon begin to vary in their interpretation and the uniformity ceases in fact to that extent.

The defects in this method are inherent. Nothing short of an international legislative body, or a series of them, each with powers over a special subject, would remove these defects.

Meanwhile, however, two expedients would contribute much to practical improvements: (1) Let the national delegation to the international conference include invariably one or more members of each of two of the national legislative houses. Thus would be assured a greater probability of the national acceptance of the international draft. This expedient has often been employed by continental States, and its employment by the United States for the conference on safety at sea, in 1913, helped to the subsequent successful result in that case. (2) After an international draft has been nationally accepted in uniform legislation, let the national supreme courts, by delegation, form a voluntary conference for periodical meeting to secure uniformity of interpretation. The divergence of interpretation are largely due, not to deliberate difference of conviction, but to inadvertence and to lack of a mutual understanding. This expedient has apparently never yet been employed, but it is feasible and promising.

(*c*) *Unified international law and administration.*—This method has, of course, thus far not been employed in theory, because it presupposes an international legislative body having inherent and continuous powers. And hitherto every such enterprise has been based on at least an initial legislative assent by each national legislature.

But, practically, this method is in force in a few fields in which the administrative element is the most important one for uniformity of operation. The Continental Railway Freight Union and the International Postal Union are the most signal examples. And there remain other important fields in which it seems specially appropriate but has not yet been tried—for example, the criminal police, both detective and extraditional; the time is ripe for an international criminal bureau.

The monograph of Ambassador Reinsch[2] is sufficient demonstration of the beneficent possibilities of this method.[3] But what I desire here to emphasize is the secret of its success, namely, the professional expert character of its drafting conferences and its administrators.

[1] Pointed out op. cit., Ch. II, by Ripert, and for the United States, in its domestic experience, by Henning, in "Pennsylvania Law Review," IX, 471, 532 ("Is the Negotiable Instruments Law Producing Uniformity in the Law Merchant?").

[2] Op. cit., Ch. IV.

[3] See also "La Vie Internationale," ed. Combes de Lestrade, Paris, 1911.

And this, we may be assured, is to be the most successful of the methods of the future. The national legislatures are not composed of professional experts in these special subjects demanding international regulation. And the diplomatic representatives of the foreign offices are no less unqualified in those fields. Both are unfitted to frame such legislation. The professional expert not only knows the professional details, but he is by his self-interest in the subject able to judge responsibility for himself and for others what concessions can and ought to be made to secure international harmony. Let the railway men be the delegates for railway matters, the postal men for postal matters, the bankers for commercial paper, and so on. Let lawyers be joined with them as guides and let diplomats be kept in touch with them to guard general interests. But let the professional expert be primarily the international legislator. And therefore let it be understood that the process of growth in international legislation is to consist in the formation of successive special legislatures, created ad hoc for each special subject.

The truth is that we are yet living too much under the shadow of the tradition of the congress of Vienna and the congress of Paris. Those traditions are a remnant of the bygone days of the personal rule of the sovereign. They assume that all international treaty legislation must emanate from the foreign office and the State Department; and that their personnel is therefore to be primarily diplomatic. This is now an anachronism. The foreign office and the State Department should be content to retire to the rôle of a channel of communication and a record office in these matters.[1] The true international legislators must be, and are going to be, the professional experts.[2]

This is the lesson of the demonstrated success of the Railway Union and the Postal Union, and of the partial success of many other and more recent unification movements in various special fields. We must take this lesson to heart. It requires a break with tradition. But that break has already been implicitly made in the fields mentioned; and it requires now only to be frankly and formally acknowledged.

(*d*) *Uniform national rules for conflict of laws.*—This method is not different from the foregoing two in its machinery, for it requires either voluntary national legislation or a supranational legislation. But it differs practically; for the scope of its contents is not the entire mass of any one part of the substantive law, but merely the rules for solving conflicts. Hence it does not call for permanent and entire sacrifices of parts of the national substantive law of the subjects, but only of the law as applied in the limited number of international transactions. This minimizes the obstacles due to national legislative prejudice and to individual or group interests. Thus it materially affects the ease and success with which one or the other of the foregoing two methods may be employed.

Hitherto its fields of success in international affairs have been those of marriage, divorse, succession, and judicial procedure. And these subjects also show us that its feasible scope will always be a small one, relatively speaking. For, of all nationals who marry or die or go to law, the number whose affairs give

[1] See the radical proposal of Mr. August Schwan, in the "Independent," for March, 1915; he would abolish all foreign offices.

[2] A related movement, based on the same causes, viz: The necessary incompetence of the casual legislator in special fields is already gaining headway in several of the United States. It asks for a small legislative body in continuous session, who thus become professional experts. See the following documents: Kansas State Library, Legislative Reference Department, Bulletin No. 1, January, 1914, "Legislative Systems"; Nebraska Legislative Reference Bureau (A. E. Sheldon, director), Bulletin No. 4, May 15, 1914 ("Reform of Legislative Procedure"); A. Lawrence Lowell, "Expert Administration in Popular Government," Amer. Political Science Rev., VIII, 45, and other articles in the same volume.

rise to conflicts of laws is only an infinitesimal percentage. Hence, a change of law for this class of cases does not affect national prejudices or interests consciously on a large scale. But in almost all matters of commercial law the percentage of transactions affected with an international element is so much larger, and the groups of persons affected are so well organized and so keenly alive to the protection of their traditions and their interests that this method encounters almost or quite the same obstacles as do the foregoing two. And indeed the history of the subject shows us that it has seldom been successful, or even attempted, in the field of commercial law. The Railway Freight Union is perhaps the most notable exception of this general fact, and the International Maritime Committee and the Latin-American Congresses show other minor exceptions.

4. Such are the lessons of history as to method. It remains to notice how that history has further applications to the share of the United States of America in the future of the movement.

I conceive that we may here see two important applications:

The Federal organization of the United States is both useful and detrimental in such an enterprise: (*a*) Useful, in that its internal operation presents valuable analogies for world-legislation; and (*b*) detrimental, in that its external operation renders this Nation incapable of doing its just share to advance the good cause.

(*a*) Not many persons seem to reflect that these United States are now, and have for a generation been, in much the same status toward each other as the world States are toward international legislation (particularly the European States and the Latin-American States, among themselves). The Federal Government, at the beginning, was given a limited number of specific fields for legislation, the individual States reserving the remainder. These limited Federal powers sufficed amply for three generations, especially by judicial interpretation of the interstate commerce power. But during the last generation the vastly increasing complexity of interstate transactions has gone far beyond the scope of Federal powers of regulation. Interstate incorporation, commercial combinations, divorse, insurance, these are but a few of the well-known instances. Thus, our national impotence under the Constitution is parallel to the international impotence for lack of a supranational legislature.

We have been forced in the United States to seek other methods of securing that national harmony of practice which seems to be desirable in many fields. One method has been that of uniform trade practice by voluntary private or group agreement. Another method has been that of uniform State law by voluntary State legislation.[1]

Each of these methods has exhibited its respective shortcomings and advantages. I do not desire in this place to describe the United States internal problems in this field, but only to emphasize the fact that the problem of uniformity of law between States, in its motives, its methods, and its results, is for the United States a problem largely analogous to that of international legislation for the world States, and that the United States situation deserves more study than it has received from jurists in other countries.

(*b*) On the other hand, the federal organization of the United States, in its external relation to other world States, offers an almost gloomy prospect

[1] The writer has had the privilege, for six years past, of being a member of the Illinois State Commission on Uniform Legislation. These several State commissions meet annually in national conference, and the conference's drafts are then transmitted to the several State legislatures for adoption. The achievements of the conference during the last 25 years are described in the "Illinois Law Review," 1914, VIII, 518, by Nathan William MacChesney, chairman of the Illinois commission and president of the Illinois State Bar Association. The proceedings of the national conference are published annually in the proceedings of the American Bar Association.

for any aspirations to take its honorable share in the unification of the world law. Of federal power to legislate for internal affairs, the chief one germane to the purpose is the power over interstate and foreign commerce. But this power stops at each State line; it can not legislate for intrastate commerce; hence it can not give to a unified international code any force for intrastate commercial transactions. Over marriage, divorce, and succession there is no federal power at all; and the intolerable tangle in that field is notorious. Over judicial judgments and other procedural expedients of justice (except bankruptcy and extradition), it has no power to unify intrastate action.

In short, it is crippled against effective cooperation with other world States, whether by the second or by the third or by the fourth of the methods above outlined. At The Hague conference on bills of exchange, in 1910, the delegate of the United States[1] was obliged to announce,[2] as a special obstacle to its effective cooperation, that "the Federal Government had no authority to legislate regarding bills of exchange, whether foreign or domestic." In view of the plenipotentiary status which the United States ought to occupy in a congress of nations, this necessary avowal is almost humiliating to contemplate. For it must be made before all the world on almost every such occasion.

And it is no less alarming in results than disagreeable to the imagination. For the alternative method (as promised by the United States delegate at the conference above mentioned), namely, the submission of each such international draft to the sovereign legislatures of our 50 States, as far from adequate to the need. For one thing, the prospects of securing uniform adoption by all States are speculative as to their result and huge in the efforts needed. For another thing, the time that must elapse is tediously excessive and will again leave us for a generation behind the progress meantime made by the rest of the world. The most successful and imperative of the tasks of the American National Conference on Uniform State Legislation, the Negotiable Instruments Code, has required 20 years to secure its adoption by only three-fourths of the State legislatures. And what must be expected for international codes? For they would find even more torpid indifference or active hostility awaiting them in the turmoil of the various local legislative smithies.

What, then, is to be the destiny of the United States in this great and beneficent movement? Is it to remain apart, isolated through national impotence?

I see no prospect of any adequate power to cooperate until there has arisen a genuine activity of public and professional sentiment which will support a grant of suitable authority to act. But pending the arrival of that fortunate day what are the constitutional measures which could and should be advocated as the speediest and simplest to pave the way?

(I leave aside all questions of amending the Federal Constitution; first, because such an amendment is not practically thinkable for at least a generation to come; secondly, because such an amendment, to affect domestic (i. e., intrastate law) law, would virtually centralize in the Federal Government all legislation in the field of civil law and would thus destroy our traditional State autonomy; and I am too firm a believer in the healthiness of local self-government to be willing to sacrifice it for any international advantages whatsoever.)

What expedients, then, remain? Two, at least, may promise something.

1. In the first place, in the first place, in the field of conflict of laws the Federal Government's power to make treaties should be employed. How far this power would be deemed by the Supreme Court to cover that subject is of course open as yet to doubt. But this need not prevent the attempt from being made.

---

[1] Mr. Charles A. Conant.

[2] July 21 (Report of the Delegate, p. 118; cited op. cit., Ch. I).

Let the Federal Government promptly, actively, and systematically undertake to become party to all international conventions dealing with topics of conflict of laws; and let these treaties be promulgated as "the law of the land," with the purposes of superseding all rules of State law on the subject so far as they affect international transactions. Assuming that these treaties would have this effect, this body of rules would then form a standard to which in time we may hope that the domestic interstate rules would be gradually induced to conform. If this propsal be deemed sound, the duty of our Federal Government would be obvious—to take a more active and encouraging part in such conferences than its traditions have hitherto permitted it to do.

2. In the second place, and dealing with the substantive law itself (outside of the rules for conflict of laws) which makes the most pressing claims, the several States can cooperate more directly than now in international unification. All that is needed by way of removing the legal obstacles is that the Federal Congress should by statute empower the several States to make treaties with foreign nations on the specified subjects. The Federal Constitution for a century and a quarter has read: "No State shall without the consent of Congress * * * enter into any agreement or compact with another State or with a foreign power."[1] Let Congress then consent that such compacts may be made. The several States may then send their own delegates to the international conferences on commercial paper, maritime law, and the like; and these delegates may return and lay before their State legislatures the international drafts for ratification. Theoretically, this may seem to offer little difference from the present status of such drafts. Practically, however, it ought to offer decided improvement. For in the first place the enormous intellectual and moral obstacle of the intervening third party, the Federal Government, is removed from the path. The necessity disappears of convincing the State Department and of employing its machinery and perhaps that of the Federal Congress. In the second place, the international delegates come back to a legislature of their own State, with the directness and convincing enthusiasm of participants in the conference; and they find awaiting them a local confidence and prestige which is far greater than any Federal intermediary under the present system could possibly have. The prospects of their successful advocacy of the international draft would be as great as that of the delegates of other nations on returning to their home States in Europe or the other America.

De facto, then, even if not de jure, this international participation by our several States would seem likely to advance appreciably the prospects of effective cooperation by this country. And the likelihood of State willingness to cooperate is not remote. The improvement of State legislative methods is already a topic of the time.[2] The proposed type of delegate is already familiar to most legislatures in their State commissions on uniform laws.[3] The seaboard States would be almost certain to employ the proposed expedient at the earliest opportunity, and these models would before long be followed by the others.

Let us therefore not give up the hope that the United States, by these proposed methods or by others, may vigorously pursue its own natural duty and destiny in cooperating with other nations for the unification of law and for concert in the administration of justice. Wherever necessity or convenience of inter-

[1] Art. I, sec. 10; construed in Poole v. Fleeger, 11 Peters, 185; Rhode Island v. Massachusetts, 12 Peters, 724; Holmes v. Jennison, 14 Peters, 571; Virginia v. West Virginia, 11 Wallace, 39; Virginia v. Tennessee, 148 U. S., 503; St. Louis & San Francisco R. Co. v. James, 161 U. S., 545.

[2] See the citations in note O, ante, p. 30.

[3] See the citations in note O, ante, p. 38.

course demands such action, let us empower ourselves and highly resolve to do our share. And the prospects of an increase in the near future of commercial and fraternal intercourse with our progressive brethren of Latin America, united to us as they are by the historical traditions of their origin and by their kindred forms of government, should especially inspire us to lay the foundations with them of a long future of harmonious law.

Obstacles, indeed, there are, as none of us can fail to see. But history shows that they are not insurmountable. And, great as they may be, to quote from words addressed to a former conference having this lofty object at heart,[1] "these obstacles can not discourage us. They will but stimulate our zeal; for the proverb assures us that 'to conquer without hazard is to triumph without glory.'"

The CHAIRMAN. We shall now have the pleasure of listening to a paper on "Judicial organization, with special reference to the nomination or election of judges and the organization and functions of the minor judiciary," by Dr. Andres J. Montolío, associate justice of the supreme court of the Dominican Republic. The paper which is to be presented to us by Dr. Montolío is in two parts. The first part presents an historical and descriptive account of the administration of justice in the Dominican Republic, the second part being a presentation of his own opinion that judges should not be appointed but selected. That opinion is based, it would seem, upon the broad ground that an elective judiciary is more in accordance with the general theory of republican institutions. I take pleasure in introducing Dr. Montolío.

ORGANIZACIÓN JUDICIAL CON PARTICULAR REFERENCIA A LA DESIGNACIÓN O ELECCIÓN DE JUECES Y A LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LOS JUECES MENORES.

Por ANDRÉS J. MONTOLÍO,

Juez Asociado del Tribunal Supremo de la República Dominicana.

BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA.—DE LA COLONIA A LA REPÚBLICA.

Ninguna de las nacionalidades que pueblan el mundo colombino, ha experimentado las transmutaciones que esta isla bautizada a su advenimiento a una nueva civilización con el nombre de la Española. Teatro de los más graves sucesos, ya por rebeliones como la de Francisco Roldán, o ya por resistencias de la población indígena, que impulsaban a los conquistadores a dominarlas a sangre y fuego, las turbulencias eran constantes y las represiones las más de las veces tenían formas crueles. En cambio compartía con Sevilla, antigua residencia del Almirantazgo, la carga y la gloria de las expediciones a descubrir. De aquí salieron los más audaces y esforzados conquistadores: Diego de Velázquez, Alfonso de Ojeda, Hernán Cortés, Francisco Pizarro. Vasco Núñez de Balboa, Diego de Nicuesa, Juan Ponce de León, Rodrigo de Bastida y otros muchos, cuyas hazañas nos parecen la reproducción de una nueva y fantástica palingenesia en donde se mueven seres hechos para desafiar todos los peligros y para vencer todos los obstáculos.

[1] Mr. Asser, president of the International Conference on Bills of Exchange, 1910.

I.

" E por esta mi Carta, mando a D. Frey Nicolás de Ovando, Comendador mayor de Alcántara, mi gobernador de las dichas Indias, que tan luego como fuere requerido, sin me más requerir ni consultar dé y entregue al dicho Almirante (D. Diego) las varas de alcaldías e alguacilazgos de todas las dichas Islas, Indias e Tierra firme."

Tal se dice en la cédula dada en Arévalo a 9 de agosto de 1508.

Y no mucho después se instituía en esta Ciudad de Santo Domingo la Real Audiencia, el primero y más alto Tribunal que tuvo América y que vino a constituir una garantía de derecho para la población colonial.

Dos caudalosas corrientes históricas han seguido líneas paralelas desde los primeros días del Descubrimiento y la Conquista; la una favorable al Primer Almirante y a sus sucesores, la otra si no hostil a éstos, más inclinada a contemplar en la conducta y en los actos de la Corona, y especialmente en el Rey D. Fernando V, suma sagacidad política al contrarrestar como se hizo las pretensiones de Cristóbal Colón, no sin que en reconocimiento de los méritos del ilustre marino, los descendientes de éste fueran Grandes de España, Duques de Veragua y disfrutaran durante siglos de una posición de Príncipes.

No es del tema de nuestro estudio inquirir de parte de quienes está la razón. Bastará enunciar el juicio de pensadores y estadistas cuando se dan a explicar la causa del famoso pleito sostenido entre los descendientes del egregio nauta y el Estado español, representado por la Corona Real, pleito tanto más explicable si se mira que no se había descubierto tan sólo un camino más corto para llegar a las Indias Orientales, sino que se había hallado un nuevo mundo.

Mucha y honda mortificación produjo en el ánimo de D. Diego semejante novedad (el establecimiento de la Audiencia en esta isla), pues estimaba que con ello se lesionaban sus derechos de Gobernador y Visorey según el historiador Charlevoix.

Las Capitulaciones de Colón con los Reyes Católicos eran imposibles de ejecutar. Éranlo quizás ya en tiempo del Primer Almirante, fuéronlo totalmente en tiempo de sus sucesores.

Es por demás conocido que exigió éste (Cristóbal Colón) y obtuvo en las Capitulaciones de Santa Fe, no ya aclaradas, sino muy extendidas en Barcelona, que a él y a sus herederos se les entregase perpetuamente el cargo de Almirante de nuestras escuadras del Océano, y se les confiriese por igual modo el virreinato y gobierno general de cuantas tierras él descubriese o conquistase, tocándoles nombrar por sí a cuantos allí ejerciesen autoridad, oficio o jurisdicción, lo cual valía tanto, es claro, como reconocer una soberanía de hecho, aunque tributaria, en aquella familia. De las ventajas económicas no hablo, porque aunque muy considerables, lo particular del servicio, puede borrar la nota de excesivas. Pero exigir de la monarquía de aquel tiempo cuando así las triunfantes doctrinas justinianas como el inevitable proceso de las cosas, cada vez iban haciéndola más sedienta de autoridad, y pretender, sobre todo, de los Reyes Católicos, que acrecentaran y confirmaran las antiguas jurisdicciones hereditarias, con frecuencia rivales de la Corona, al tiempo que su hábil e incansable política por tan manifiesto modo tendía a convertirlas en nominales, constituía un inevitable conflicto para en adelante. Al rayar el siglo décimosexto era un positivo anacronismo y casi una locura la creación en el Orbe Nuevo de un feudo o señorío vastísimo, ni de muy lejos igualado jamás, por la extensión y la independencia, en Aragón ni Castilla, y eso para una familia extranjera al fin, que sin gran pecado podía acordarse de que lo era en las futuras contingencias políticas.

Uno de los primeros actos de Don Fernando al encargarse de la Gobernación a su llegada a Castilla después de la muerte de Felipe de Borgoña fué la separación de Ovando y dispuso que D. Diego pasara a la Española y se hiciese nuevamente cargo de su gobierno.

Más os confiaría yo, le dijo D. Fernando como previsor hombre de Estado, si no fuera por vuestros sucesores. Tratábase en efecto de derechos hereditarios y esta circunstancia obligaba a ser muy cauto a todo gobernante español, como lo hubieran sido en igual caso los de cualquiera otro país.

Veamos cómo se organizó la Real Audiencia, cuales fueron sus funciones, hasta dónde alcanzabá su jurisdicción y la época de su total extinción en Santo Domingo al ser trasladada a la isla de Cuba.

Este Supremo Tribunal y a imitación suya los demás que se crearon más tarde en el Continente, han representado un papel importantísimo en los sucesos y negocios del descubrimiento, y como la audiencia pretoria de Santo Domingo fué la primera a que se confirieron las facultades y exenciones de que han gozado todas las otras, no parece fuera de lugar antes bien de importancia suma, entrar en el detalle de sus funciones.

Se compuso el Tribunal en los primeros tiempos de tres jueces y un fiscal. Fueron escogidos para desempeñar tan elevadas funciones, el Licenciado Marcelo de Villalobos y el Licenciado Juan Ortíz de Matienzo que vinieron de Sevilla y el Licenciado Lucas Vázquez de Ayllón, vecino de la Concepción de la Vega, en donde ejercía el cargo de Alcalde Mayor. Para fiscal fué nombrado el Licenciado Sancho de Velázquez.

Su jurisdicción se dilataba a todo lo descubierto hasta entonces en la tierra firme e islas mayores y menores de las Lucayas. Tomaban acuerdos que eran obedecidos como todas sus provisiones, con igual veneración y respeto que las Reales Órdenes, porque iban despachadas en nombre del Soberano; consultaban los negocios de gobierno, guerra y hacienda; conocían de todo lo contencioso exclusivamente, pues la asistencia del Virrey Almirante en tales casos era puramente honorífica en su carácter de Presidente. Velaban sobre el cumplimiento de las leyes, daban anualmente cuenta al Consejo de Indias de sus providencias en la Administración del Gobierno, del Real Fisco y de las Reales Órdenes que habían recibido.

En las demandas que se proponían contra el Presidente y Oidores en materia Civil o Criminal y las de sus familiares en primera instancia, eran jueces los dos Alcaldes ordinarios, presididos por el Presidente u Oídor no complicado, con apelación de sus sentencias al Consejo de Indias, a lo que podía renunciar la parte demandante, si quería establecerla en la audiencia, por estar satisfecha de la integridad de los jueces.

El Ministerio fiscal desempeñaba funciones de alta prerrogativa como vigilante de exacto cumplimiento de las leyes en materias criminales, de policía y del fisco. Participaban con los oidores de las resoluciones que se adoptaban con voto informativo.

A todos estos Magistrados se les prohibía toda asociación y relaciones amistosas con los habitantes, y no podían casarse sin real licencia.

En las leyes que comprenden lo títulos 15 hasta el 28 del libro segundo de la Recopilación de Indias, incomparable Código en el cual puede verse la forma como se estableció este Tribunal, el primero que se fundó en el Nuevo Mundo y el modelo de los que se formaron más tarde, no sólo en las colonias españolas, sino en otras de diferentes naciones.

No hay duda que fué muy saludable la influencia ejercida en el discurso de más de dos siglos por la Audiencia pretoria de Santo Domingo. Freno de Gobernadores despóticos, mantuvo el prestigio de la justicia hasta el punto de que los reyes mismos tuvieron que reconocerlo en circunstancias distintas.

La importancia que iban adquiriendo cada día los demás territorios americanos por su población y riqueza y sobre todo por las grandes distancias que los separaban, limitarían el radio antes muy extenso de su jurisdicción.

Así por Real Orden de 13 de mayo de 1786, dispuso S. M. C. que Maracaibo continuase unido como lo estaba, a la Capitanía General e Intendencia de Caracas, y para evitar los perjuicios que se originaban a los habitantes de dicha Capitanía, de recurrir por apelación en sus negocios a la Audiencia de Santo Domingo, creó otra en Caracas, compuesta de un decano regente, tres oidores y un oficial, dejando el mismo número de ministros en Santo Domingo y ciñendo su distrito (el de ésta) a la parte española de aquella isla, la de Cuba y Puerto Rico.

Graves acaecimientos se desarrollaban en la Metrópoli. En su guerra con Francia la fortuna le había sido adversa, y para recuperar territorios ocupados por tropas francesas del otro lado de los Pirineos, España abandonaba la parte española de Santo Domingo. El 22 de julio de 1795, día en que se firmaba en Basilea semejante Tratado, los Borbones de España reconocían por tal modo la República francesa.

Desde ese momento cesó *de jure* la soberanía de España en la primera grande Antilla descubierta por el genio de Cristóbal Colón y la intrepidez de los marinos españoles y *de facto* con la ocupación, seis años después, en 1801, por Toussaint Louverture.

Inmediatamente después de efectuada la ocupación se retiró éste a la colonia francesa dejando en el Gobierno de Santo Domingo a su hermano Paul Louverture y en Santiago de los Caballeros al General Pageot, los cuales comenzaron por establecer alcaldías y municipalidades, al mismo tiempo que nombraban jueces y demás funcionarios para los diferentes ramos de la administración.

Como comprendiese tan hábil hombre de Estado que su situación iba siendo cada vez más precaria, puesto que bastaba una orden del Primer Cónsul para perder el rango que había alcanzado, se apresuró a ordenar en fecha 5 de febrero la reunión de una Asamblea Central en Port-Républicain (Port-au-Prince) e hizo que el 8 de julio se proclamara con gran pompa la Constitución, sin esperar la sanción del Gobierno francés, como si fuera la genuina expresión de la voluntad popular, que él acataba, como quiera que la misma Asamblea autorizó a Toussaint a hacerla ejecutar. Por esta Constitución se crearon tribunales con atribuciones civiles y criminales y una Corte de Casación. De los crímenes y delitos cometidos por militares en los casos de robo, de asesinato, de incendio, de conspiraciones, conocían los Consejos de Guerra.

En esa misma Constitución ideada por Toussaint escribe el historiador Delmonte y Tejada, quedaron sentadas las bases de una completa organización judicial.

Mas las previsiones del célebre precursor de la Independencia de Haití se cumplieron a poco. Reducido a prisión, llegaba a Brest el 12 de julio de 1802 y el 27 de abril de 1803 moría en la fortaleza de Toux.

En virtud de la cláusula 9 del Tratado de Basilea, las autoridades españolas habían continuado en el ejercicio de sus respectivos cargos hasta la toma de posesión por Toussaint Louverture, quien con semejante medida, obra de su propia iniciativa, obligó a aquellos funcionarios a retirarse de la Colonia; y la Real Audiencia de Santo Domingo se instalaba el 30 de julio de 1801 en Puerto Principe, isla de Cuba.

Los propósitos de organización judicial, contenido en la Constitución votada por la Asamblea Cental, quedaron incumplidos, y aquel régimen de derecho implantado por España, se sustituyó con otro esencialmente militar, pues el General Fernand, organizó el país que gobernaba conforme a un Decreto

del Emperador Napoleón, régimen no terminó hasta el año 1809, en que los naturales reconquistaron para España la colonia no mucho antes cedida, como se ha dicho, a Francia.

Aproximábase el momento en que se iniciaría en toda la América española la formidable lucha en que España, en definitiva, habría de perder las más ricas de sus colonias y en donde habrían de constituirse nuevas y vigorosas nacionalidades que han recorrido en cien años todo el trayecto que empieza en los tanteos y ensayos de los pueblos que buscan el camino de la libertad y termina en las cimas del progreso y la civilización.

España, decíamos, no atendió o no pudo atender, empeñada como estaba en tan titánica lucha, a los reclamos de los colonos, y por diciembre del año de 1821, el Dr. José Núñez de Cáceres proclamó la independencia de la parte española de Haití, bajo los auspicios de la Gran Colombia.

Proveyóse a la organización del Poder Judicial, diciéndose en el artículo primero de la ley del 4 del antedicho mes: "Que siendo de la mayor urgencia proveer a la administración de justicia, sin la cual no puede haber felicidad ni buen orden en las Sociedades se proceda desde luego al nombramiento de los Alcaldes Mayores que debe haber en la cabecera de cada uno de los distritos, o a la confirmación de los nombrados con el título de jueces de letras, según lo prevenido en el artículo 22 del Acta Constitutiva del Gobierno Provisional."

Esta organización desapareció apenas iniciada, pues el vecino Estado de Haití que desde el año de 1804 se había declarado independiente ocupó en 1822 la parte española, ocupación que duró hasta el año de 1844 momento en que adquirió personalidad internacionalidad, con el nombre de República Dominicana, esta porción de la isla de Santo Domingo.

II.

Hacía cincuenta y cinco años que la mejor Constitución que pudiera obtenerse en estos tiempos, en concepto de Wáshington, la misma que había servido para organizar jurídicamente a una gran nación, sirvió también de modelo a los sencillos y austeros constituyentes dominicanos. Ellos trataron, por la experiencia ya contrastada en otros Estados de América de que la irrevocabilidad recíproca fuese efectiva garantía de la integridad de la Constitución, y declararon solemnemente que cada función de poder tiene fines que cumplir en la Democracia representativa y que siendo expresión igual de la soberanía todas y cada una de sus funciones, cada una de ellas tiene sus operaciones propias, y cuanto más apropiado sea el conjunto, más efectiva es la función.

Se acercaban al ideal del gobierno del pueblo por el pueblo, con el pueblo y para el pueblo a fin de realizar la libertad y la justicia en la sociedad política que acababa de constituirse.

Y desde la Constitución de 6 de noviembre de 1844 hasta la de 22 de febrero de 1908, si exceptuamos el doloroso período que comprende los años de 1861 a 1865 (que es el de la ocupación española), tanto por nuestro derecho constituído como por otras tantas leyes orgánicas, la obra de nuestros primeros constituyentes y de nuestros primeros legisladores ha ido en desarrollo progresivo, aunque muy lento, como ha sido lento el desarrollo de casi todas las sociedades latinoamericanas; y si es cierto que adoptamos desde el año de 1845 una legislación completamente extraña a nuestras costumbres, a nuestro estado de cultura, a nuestra lengua, concebida para un pueblo de tradiciones, rico con una civilización secular, el legislador dominicano ha buscado acomodar aquellos

preceptos al medio social para el cual legisla, por medio de sabias reformas, introduciendo innovaciones o modificaciones en la legislación patria, encaminadas muchas de ellas a fines de adecuación o localización.

A esas modificaciones e innovaciones respondió el legislador constituyente de 1908 como quiera que al organizar las diversas funciones de poder se acercó más y más a la Constitución "que debe servir de modelo a las sociedades capaces de gobernarse por sí mismas" y a las tres ramas en que se divide el Gobierno—en términos de la Constitución—llevó reformas de tanta entidad que bien pudiera decirse que se implantaba un nuevo régimen. Entre esas reformas hallamos que al Presidente de la República se le inviste con el poder ejecutivo, a los ministros responsables se les sustituye con los Secretarios de Estado, adoptóse la organización de las dos Cámaras o bicamarista con la institución del Senado, y en lo que se refiere a la función judicial, a fin de poner más en concordancia la legislación nacional con la legislación de origen, instituyó el recurso de casación, reforma desde mucho tiempo sentida, puesto que viene a constituir una de las más positivas garantías sociales.

Para completar la obra del Constituyente se elaboró la ley de Organización Judicial y de Procedimiento de Casación, aprobada por el Congreso Nacional en fecha 20 de mayo de 1908 y promulgada por el Presidente de la República el 2 de junio siguiente.

Si es una verdad incontestable que era bien extenso el índice de las deficiencias en nuestra organización judicial, es lo cierto también que ya no hay titubeos en afrontar cualesquiera reformas, y nuestra ley actual en la materia si no está aún en los linderos de una organización perfecta, hemos de ver ahora si nuestros legisladores han tratado de acercarse a las orientaciones de las modernas exigencias de la justicia.

DEL PODER JUDICIAL.

Derecho constituido.—ART. 59 de la Constitución. El poder judicial reside en la Suprema Corte de Justicia, las Cortes de apelación y los demás tribunales que la ley señale.

Los funcionarios de la Suprema Corte de Justicia, de las Cortes de Apelación y de los tribunales y juzgados de primera instancia, durarán en sus funciones cuatro años y podrán ser indefinidamente reelectos.

Ley de organización judicial.—ART. 1. El poder judicial, reside en la Suprema Corte de Justicia, en las Cortes de Apelación, en los tribunales o juzgados de primera instancia, en las Alcaldías y en los Consejos de guerra.

DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Derecho constituido.—ART. 6. Es de la exclusiva competencia de la Suprema Corte de Justicia:

1. Conocer en primera y última instancia de las causas seguidas a los jueces y fiscales de las cortes de apelación y miembros del Cuerpo diplomático y consular nacional y extranjero,[1] y a los miembros de la Cámara de cuentas, y en último grado de las seguidas a los magistrados, o fiscales de los tribunales de primera instancia y gobernadores de provincias.

[1] En la exposición de motivos que acompaña el plan de reformas presentado por la Comisión de Abogados encargada por el poder ejecutivo de organizar los trabajos preparatorios de la Reforma Constitucional, comisión que tuvimos a honra presidir, se insinúa que se suprima por incompatible con las reglas del derecho internacional público, la atribución acordada a la Suprema Corte de juzgar a los miembros del Cuerpo diplomático extranjero, así como la de juzgar a los miembros del cuerpo consular dominicano por no exigirlo su jerarquía.

2. Conocer como corte de casación de los fallos en último recurso pronunciados por las Cortes de Apelación y tribunales inferiores en la forma determinada por la ley.

3. Conocer en última instancia de las causas de presas marítimas.

4. Conocer en último recurso de las causas cuyo conocimiento en primera instancia competa a las Cortes de Apelación.

5. Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre partes.

6. La Suprema Corte de Justicia tiene la más alta autoridad disciplinaria sobre todos los altos funcionarios y empleados del orden judicial.

Ley de organización judicial.—Art. 9. La Suprema Corte de Justicia se compone de siete jueces y de un procurador general que desempeña en ésta las funciones del Ministerio Público.

1. Habrá además un Secretario general, dos auxiliares, un copista y dos alguaciles.

2. En la elección de magistrados para la Suprema Corte de Justicia, el primer designado por el Senado asumirá la presidencia de este alto tribunal.

Art. 10. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia prestará juramento ante la misma corte y evacuará las consultas que los tribunales de justicia le sometan, siempre que no tengan oportunidad de carácter contencioso y dictará las providencias consiguientes para residenciar los tribunales en caso necesario.

DE LAS CORTES DE APELACIÓN.

Derecho constituído.—Art. 64. Habrá por ahora dos cortes de apelación para toda la República, una en la Ciudad de Santo Domingo y otra en la Ciudad de Santiago.

La ley determinará los distritos judiciales que a cada corte correspondan, así como el número de jueces de que deban componerse.

Art. 15. Son atribuciones de las Cortes de apelación:

1. Conocer de las apelaciones de sentencias dictadas por los tribunales y juzgados de primera instancia y como corte marcial de las apelaciones de las sentencias de los Consejos de Guerra.

2. Conocer en primera instancia de las causas seguidas a los magistrados y fiscales de los tribunales y juzgados de primera instancia y gobernadores de provincia.

3. Conocer en primera instancia de las causas de presas marítimas.

Art. 66. Para ser miembro de estas Cortes se requiere ser mayor de veinticinco años y las demás condiciones que para ser juez de la Suprema Corte.

Art. 67. En cada corte de apelación funcionará un procurador general que deberá reunir las mismas condiciones que los jueces que la componen.

Ley de Organización Judicial.—Art. 31. Las Cortes de Apelación serán dos y tendrán su asiento una en Santo Domingo y otra en Santiago.[1] Se compondrá cada una de un presidente y cuatro jueces y un procurador general.[2]

---

[1] Como se ve el número de las Cortes de Apelación sólo alcanzaba a dos, pero por razones de organización este número fué elevado a tres por no poder ser menos para el buen funcionar del recurso de casación.

[2] El Congreso Nacional dictó una ley que fué promulgada el 5 de abril de 1911, en virtud de la cual abrogó el párrafo 2 del art. 31 de la Ley de Organización y de Procedimiento de Casación de 20 de mayo de 1908, y reformó la ley de 26 de junio de 1909, reformatoria del art. 40 de dicha Ley de Organización Judicial y de Procedimiento de Casación del modo siguiente: Por causas justificadas, las Cortes de Apelación podrán constituirse con cuatro o tres de sus miembros. En caso de impedimento legal o temporal de tres jueces de una Corte de Apelación podrá ser reemplazado el juez que falte para poder celebrar audiencia con un juez de primera instancia del Departamento correspondiente.

1. Cada Corte de Apelación tendrá un secretario, dos escribientes.

ART. 33. En sus funciones judiciales las Cortes de Apelación conocerán en segunda instancia de los asuntos civiles, comerciales, correccionales y criminales en que los tribunales inferiores hubiesen dado sentencia y esta hubiese sido impugnada por el recurso de apelación.

Estas cortes funcionarán en conformidad con las leyes de Procedimientos en vigor.

DE LOS TRIBUNALES INFERIORES.

Derecho constituido.—ART. 68. Para cada distrito judicial habrá tribunales o juzgados de Primera Instancia, con las atribuciones que les confiera la ley.

La ley determinará el número de los distritos judiciales.

ART. 69. Para ser presidente del tribunal o Juez de Primera Instancia, se requiere: ser dominicano, estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos y ser abogado de los tribunales de la República.

ART. 70. Los conjueces, en los tribunales colegiados, procuradores fiscales y jueces de instrucción, necesitan tener las mismas condiciones que se requieren para ser presidente o juez de Primera Instancia menos la de ser abogado.

Ley de Organización Judicial de Procedimiento de Casación.—ART. 46. Para el servicio de la Administración de Justicia se instituye en cada provincia un distrito judicial (son doce las provincias), y para cada uno de éstos se crea un juzgado de Primera Instancia con el personal siguiente: un juez de Primera Instancia, un procurador fiscal, un juez de instrucción, tres secretarios (uno para el tribunal, uno para el procurador fiscal y uno para el juez de instrucción), dos escribientes y dos alguaciles.

ART. 47. Los juzgados de Primera Instancia conocerán de todos los negocios personales, reales y mixtos que ocurran en sus respectivas jurisdicciones, de las apelaciones de las sentencias de los alcaldes y jueces árbitros cuando por la cuantía fuesen de su competencia, y en última instancia de las acciones cuyo interés principal no excede de trescientos pesos oro.

En el articulo 48 se especifican las atribuciones administrativas de estos tribunales y juzgados.

ART. 50. Los tribunales o juzgados de primera instancia, ejercerán además las funciones especiales que les están atribuídas por los Códigos y leyes en vigor.

ART. 51. Los jueces de instrucción tendrán a su cargo la formación de los expedientes relativos a los negocios de su competencia y presiden las cámaras y jurados calificadores de los hechos y las oposiciones a las mismas decisiones de acuerdo con el Código de Procedimiento Criminal.

ART. 52. Cuando los jueces de instrucción actúen como miembros de la policía judicial, recibirán con la debida atención cuantos requerimientos les haga el procurador fiscal del distrito.

ART. 53. En aquellas cabeceras en las cuales a pedimento del procurador general de la República y en vista del número de procesos fuere necesario, se podrán instalar dos juzgados para un mismo distrito. Estos actuarán independientemente uno de otro, pero sujetos siempre al juzgado o tribunal correspondiente.

DE LAS ALCALDÍAS.

Derecho constituido.—ART. 71. En cada comuna habrá uno o más alcaldes con dos suplentes, respectivamente nombrados por el poder ejecutivo.

ART. 72. Para ser alcalde se requieren las mismas condiciones que para ser juez de Primera Instancia, menos ser abogado.

La ley determinará sus atribuciones:

Ley de Organización Judicial y de Procedimiento de Casación.—En todas las comunas habrá una alcaldía servida por un alcalde, un secretario y un alguacil.

Cada alcalde tendrá dos suplentes.

ART. 59. Los alcaldes elevarán anualmente al procurador general de su jurisdicción los registros en que hubiesen asentado los juicios civiles y de policía respecto de los cuales hayan fallado.

Cuidarán de que se cumplan las leyes de policía y demás que interesen al buen orden.

ART. 60. Los suplentes de los alcaldes ejercen las funciones de éstos, o quien haga sus veces, y en su defecto el síndico del ayuntamiento. Las alcaldías llevarán los registros necesarios para el asiento de los Actos de Conciliación.

La organización y funcionamiento de las alcaldías varía según que se trate de materia civil o de materia represiva. En el primer caso no hay ministerio público, mientras que sí lo hay cuando funcionan como juzgado de policía.

En la legislación de origen conoce de unas contravenciones el juez de paz, funcionario de distrito, y de otra el maire, o sea un funcionario en quien se reune el doble carácter de municipal y judicial. Al hacerse la localización se atribuyó exclusivamente a los alcaldes el conocimiento de las contravenciones, sin que por otra parte, se creara por ley alguna en la República el puesto que en Francia corresponde al maire como juez.

El ministerio público está representado: (1) Por el Procurador General de la República; (2) por los procuradores generales, de las Cortes de Apelación; (3) por los procuradores fiscales de los tribunales, o juzgados de primera instancia; (4) por los demás oficiales auxiliares de la policía judicial que determinan las leyes.

El legislador dominicano se ha apartado no pocas veces de la legislación de origen. Así vemos la diferencia que existe y ello es de carácter institucional, entre el poder judicial en Francia y esta función de poder en Santo Domingo; allí es una rama del poder ejecutivo, en nuestra República responde a la noción del gobierno representativo, o lo que es igual a la separación absoluta de los poderes.

Otra diferencia importante podemos señalar: mientras en Francia las Cámaras pueden darle efecto retroactivo a una ley, en Santo Domingo el principio de la irretroactividad es un principio constitucional, con una sola excepción y es la consagrada por la Constitución en su artículo 45, cuando dice: "Las leyes no tienen efecto retroactivo sino en el caso de que sean favorables al que esté *sub judice* o cumpliendo condena." En Francia se abandonó la buena tradición, pues dos Constituciones sancionaron el principio: la del 24 de junio de 1793, respecto a las leyes penales y la del 22 de agosto de 1795 para todas las leyes.

Finalmente en la legislación de origen no existe el recurso de apelación en materia criminal. Fué, pues, una verdadera reforma la que introdujo el legislador dominicano en el Código de Procedimiento Criminal cuando instituyó este recurso.

Según el artículo 20 de la Constitución al Senado le está atribuído el nombramiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de los de las Cortes de Apelación y de los juzgados y tribunales de primera instancia de las listas formadas de aquellos ciudadanos capacitados legalmente y que le hayan enviado los colegios electorales.

III.

Vanos son los métodos recomendados para la selección de jueces y otros funcionarios por el nombramiento hecho por la autoridad ejecutiva y por elección y varios son los argumentos para su designación vitalicia o por cierto número de años.

El siguiente razonamiento podrán hacer los unos: En pueblos cuya organización juridica es más o menos perfecta, lo que vale decir más o menos ajustada a los principios de la ciencia, cualquier sistema que se emplee puede dar satisfactorios resultados, cualquier sistema que se adopte puede responder a los fines elevados de la organización, cualquier sistema que se siga puede contribuir a la armonía o al equilibrio que necesariamente ha de haber entre las diversas ramas o funciones de poder.

La designación o nombramiento hecho por la autoridad ejecutiva en donde la autoridad ejecutiva sea la genuina expresión de la voluntad popular, en donde la voluntad popular sea el resultado de la suma de la voluntad de la mayoría ilustrada y consciente de sus deberes y de sus derechos, en donde la gran masa social no sea refractaria a las prácticas democráticas y tenga plena conciencia de lo que es la libertad, no hay duda que no ofrecerá el peligro que hay que temer en pueblos que aún no han salido del período revolucionario o que apenas conocen los principios en que se funda la constitución de un buen gobierno, o que todavía se encuentran en la época de los dolorosos ensayos que anteceden siempre a toda organización de sociedades, a toda aspiración de hombres que han luchado y luchan por echar los firmes cimientos de su prosperidad moral y material al amparo de instituciones que le garanticen el logro de tales beneficios.

Podrán discurrir otros:

Tampoco será un mal la elección hecha por el voto de los ciudadanos, si no fuera para funciones judiciales han de escogerse los más doctos, los más notables por sus condiciones morales y sociales, los que hayan dado pruebas del mejor sentido jurídico en el ejercicio o fuera del ejercicio de la magistratura, lo que no puede conseguirse fácilmente por el sistema de elección popular, sencillamente porque el pueblo, por su propia naturaleza, o sea por la variedad de sus miras, no está nunca capacitado para saber escoger a quienes por la naturaleza de sus funciones y por las cualidades que se requieren pra el ejercicio de las mismas, no pueden ser puestos en discusión pública y exaltada, ni ser blanco de las pasiones en una agitación eleccionaria.

Por otra parte como "la justicia no tiene nada de popular" no es bueno ni conveniente dejar la elección de los jueces en manos del pueblo. El principio electivo debe ser una garantía en los gobiernos democráticos, pero debe ser restringido cuando de la elección de los magistrados se trata. Los magistrados o los que aspiran a la magistratura, se verían en una situación comprometida, cuando se hallaran en el caso de manifestar su aspiración presentándose como candidatos, o cuando fueran requeridos o consultados por los partidos políticos, al igual que los demás empleados o funcionarios, cuya elección se lleva a cabo por este voto popular.

Y a los que aceptan el sistema que pudiéramos llamar de transacción, fácil les sería razonar así:

Es pues recomendable el método de selección adoptado por los constituyentes americanos cuando determinaron que los nombramientos de los magistrados, equilibran las influencias de los dos poderes y anulan o aminoran el peligro que de otro modo habría en la designación de los jueces por un solo poder.

Por último un notable estadista colombiano, el Sr. Dr. Carlos E. Restrepo, desde su catédra de la Universidad de Antioquia, expone y acoge como suya la teoría desenvuelta por Faguet, la cual consiste en una magistratura nombrada por sí misma. ¿Cómo? Fácilmente, por ejemplo: todos los magistrados elegirán la Corte, la Corte nombrará todos los magistrados. Los magistrados elegirán los miembros de la Corte a medida que ocurran las extinciones. Estos serán, pues (1) nombrados por personas competentes; (2) independientes del lado del poder; (3) independientes del lado de los partidos; (4) nombrados por la magistratura de todo el país y por consiguiente, representantes de su espíritu general.

Por encima de todos los argumentos, está la lógica de un sistema, está la fuerza incontrastable de los principios aceptados como base y fundamento de una doctrina, porque no es posible salir de este dilema, o aceptamos la teoría de la separación de los poderes tal como la aceptó ayer la ciencia política, esto es, sin distinciones ni limitaciones, o nos adherimos a quienes la rechazaron por entrañar una concepción mecánica del Estado.

Los lógicos serán quienes al aceptar el principio aceptan todas sus consecuencias.

Un constitucionalista de tanto relieve como lo es sin duda alguna Eugenio M. de Hostos parece, en ocasiones que acepta, como medio de conciliación, lo que viene a constituir la antítesis de la democracia representativa, y ello porque ve la reforma previa del sistema electoral, fundada en el reconocimiento de la función electoral del poder, es sin embargo, demasiado lejana, pero como no puede ser ilógico quien tan sabiamente ha desenvuelto la teoría científica de las diversas funciones de poder, quien con admirable método ha desarrollado la concepción sistemática de la ciencia constitucional, lo que hace es anticiparse a cualquiera objeción en lo que respecta a la reforma de la función electiva del poder, para fiar tal contingencia a la siempre urgente organización judicial.

Mas como no se trata de resolver con datos experimentales el problema, dice el eminente sociólogo, sino de saber doctrinalmente cual es el medio, concorde con el sistema representativo, de formar las magistraturas judiciales, tenemos que ir a la fuente de las doctrinas.

¿La función judicial es una verdadera función del poder social? ¿Lo es? Pues debe constituirse como las demás funciones de poder. Las demás funciones de poder, ¿por que se constituyen y deben constituirse electoralmente? ¿No es por que la elección es el medio único de la delegación y porque la delegación es el símbolo de la representación? Pues la función judicial debe ser electiva para que, siendo efectivamente delegada, concierte con el sistema de representación que integra.

En principio, pues, los cargos judiciales son electivos, y el juez debería tener que agradecer la magistratura más que a sus propios méritos por el cuerpo electoral.

Hasta aquí el pensador antillano. No se contradice cuando afirma que los constituyentes americanos salvaron el escollo de la designación de los jueces federales al consagrar que esta facultad se acordara al Presidente con el asentimiento del Senado, al mismo tiempo que sostiene que todas las funciones del poder sean electivas puesto que son delegadas las funciones que todos desempeñan, ya que reconoce que aquellos hallaron una solución a cambio de una inconsecuencia.

"La doctrina pide lógica," y el nombramiento de los jueces tal como lo idearon los constituyentes americanos, es una mezcla de independencia con un sistema de balanzas y contrapesos, como lo enseña el Profesor Azcárate, en el cual se contrapone un poder a otro poder.

Toda función que no es ejercida por la colectividad social misma, no es más que una delegación, de donde se sigue que esta función debe ser electiva, revocable, temporal.

Se advierte, pues, que este revolucionario va más lejos que el sabio catedrático de Santo Domingo, pero nos parece que este último está más en lo cierto cuando resuelve en sentido afirmativo lo que para el primero constituye una antinomia, conviene a saber si la inamovilidad es compatible con la delegación.

Hostos dice: "desde luego que no, en ningún cargo exclusivamente político." Pero la judicatura no lo es. Eminentemente político, en cuanto expresión de una función de poder, es preminentemente social, no ya sólo por su alcance (que en ese sentido son sociales todas las funciones de poder) sino por la incesante continuidad de su influencia, en la vida individual y colectiva de la sociedad nacional y de cada una de las sociedades particulares, familia, municipio que la componen.

Lo que no sería compatible con el sistema representativo, en cuanto a la función de poder, lo es en cuanto la magistratura judicial tiene una trascendencia inmediata, continua, parcial y total, en la vida de la sociedad.

Los jueces deben ser inamovibles. Esta es una condición de seguridad e independencia en el ejercicio del poder judicial.

Los que discuten estos principios y sostienen que los jueces deben ser nombrados temporalmente parten generalmente de este error: creen que la inamovilidad es una negación de la soberanía del pueblo. Cuando estos piensan así es porque evidentemente confunden la soberanía del pueblo con la libertad. La bondad del principio de la inamovilidad la encontramos confirmada en España, cuando pidieron al rey en 1442 que sus jueces fueran inamovibles porque los reyes destituían frecuentemente a los jueces cuando no les convenían. Con lo cual los aragoneses buscaban una protección contra la autoridad real.

Como si al través de los siglos perdurara el espíritu del sistema judicial de Roma durante la República, muchos ven en la inamovilidad de los magistrados los peligros que los emperadores temían de la influencia de los prefectos pretorianos, y de ahí que en algunos países se cambien las magistrados cada cuatro o cada seis años, como en Roma se cambiaba anualmente.

Era que no había entonces, escribe Lord Mackenzie, una clase parecida a los jueces de Inglaterra nombrados por la corona que tienen sus cargos *ad vitam anteculpam*, y están educados para ser intérpretes de la ley, haciendo de esta la ocupación de toda su vida y de esa magistratura que debe su elevado carácter y su sabiduría a la inamovilidad de los jueces, que data del año de 1688.

BIBLIOGRAFÍA.

Los trabajos geográficos de la Casa de Contratación, por Manuel de la Puente y Olea. Nota, pág. 19, tomada de la Colección Navarrete, tomo 2, pág. 359.

Histoire de S.-Domingue, par P. F. X. de Charlevoix. Tome I, Livre IV, MDCCCXXX. Paris.

Conferencia dictada en Madrid el 24 de marzo de 1891, por el Marqués de Hoyos.

Conferencia inaugural, pronunciada en el Ateneo de Madrid el día 11 de febrero de 1891, por D. Antonio Cánova del Castillo.

Trabajos geográficos de la Casa de Contratación. Referencia a la vida y escritos de Fr. Bartolomé de las Casas, por D. Antonio M. Fabié. Tomo I, pág. 21. Madrid.

Historia de Santo-Domingo, por D. Antonio Delmonte y Tejada. Tomo II, pág. 126. Sto. Domingo, 1890.

El Derecho Internacional Hispanoamericano, por el Dr. Rafael F. Seijás. Tomo IV. Caracas, 1884.

Le Droit International Codifié et sa Sanction Juridique par Pasquale Fiore. Paris, 1890.

Haiti: Son Histoire et ses Détracteurs, par J. N. Léger. New York and Washington, 1907, pág. 106; Ibid, pág. 121.

Imprenta de la Presidencia del Estado Independiente de Haití Español, 1821.

Lecciones de Derecho Constitutional, por Eugenio M. Hostos. Sto. Domingo, 1887.

Reconstitución de la Magistratura en la introducción al Manuel de Droit Civil, por Acolley. Tomo I, pág. LXVI.

The CHAIRMAN. The Library of Congress planned a few years ago a series of books regarding foreign law. The plan has been perfected, and at least two volumes have already appeared. The intention is to give to American lawyers, in a language which they can understand, some account of the system of law of the several countries, and also some account of the legal history and literature of those countries, with full reference to the books which should be used by a lawyer who wishes to obtain either an elementary view or a very practical and thorough knowledge of the law. From what I have said you perceive that this is an important undertaking. The plan, I believe, was the creation of Dr. Borchard, librarian of the United States Supreme Court library. The volume on German Law was prepared by him. We are now to have the pleasure of listening to a paper on the general question by Dr. Borchard.

SOME LESSONS FROM THE CIVIL LAW.

By EDWIN M. BORCHARD,

Yale School of Law, New Haven, Conn.

The purpose of this brief article is not so much to set forth any specific institutions disclosed by a study of the civil law, as to point out some of those defects of our own system which are accentuated by comparison with the civil law, defects due to the methods rather than the substance of the common law. There is no desire to urge such a radical and perhaps impossible step as the substitution of civil-law methods for our own; but in the consideration of plans for the improvement of our law, it may be profitable to observe that the other great legal system has avoided some of the most obvious defects under which we labor, and the suggestion of a partial remedy may be ventured.

The civil law, as is well known, has had a history of some 2,000 years, and in its present physical form, so to speak, its general principles have been codified into various codes. The modern codification movement may be said to have begun with the Austrian Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, the Prussian Landrecht of the eighteenth century, and the French codes of the early nineteenth century. From France it has spread to most of the other civil-law countries, coming by way of Spain and Portugal to the countries of Latin America. These codes include in all cases a civil code, a commercial code, a penal code, and codes of civil and criminal procedure; and with the development of eco-

nomic life, following the tradition, other codes have been promulgated in various countries, such as an industrial code, a mining code, a maritime code, a rural code, a military code, and other codifications of different branches of the law.

The most recent development of the civil law is contained in those remarkable monuments of codification to which some of the greatest legal minds of modern times have contributed, namely, the German and the Swiss civil codes. The most prominent feature of all these codes is that they have laid down certain general rules governing legal relations, leaving to the courts the duty of applying the rules and filling in the details. Incidentally the development of this system has drawn and continually draws to its service the best legal minds of all the civil-law countries, and judges in their decisions call to their aid the best critical thought of the legal world. The German civil code, which for 22 years received in its preparation the concentrated constructive criticism of one of the ablest benches and bars in all the world, supplemented by that of economists and business men, is a practical demonstration of what legal science may contribute to the development of a well-rounded, practical, and efficient system of rules for the conduct of life and the adjustment of interests.

In civil-law countries the decisions of courts are not binding precedents, but when supporting a well-reasoned principle have naturally great persuasive force. While attributing less authority to single decisions than Anglo-American courts, a consistent current of decisions or settled "practice" is regarded as almost conclusive authority. As a matter of fact, there is practically no civil-law country at the present day in which the decisions of its highest courts are not regularly reported, and both briefs and opinions cite previous decisions. Certainly one of the greatest advantages which such countries enjoy is a large degree of certainty in the law, which saves much litigation and contributes to the development of a definite system. Not that differences of opinion on numerous points of law do not exist; but the margin of uncertainty is, comparatively speaking, small.

A visit to some 20 countries in which the civil law prevails and a certain degree of contact with the law and the lawyers of those countries may permit one to express, by way of comparison, a certain general opinión concerning the methods of our own legal system, which, in the writer's opinion, hamper its responsiveness to the social needs of the times. Our law is largely what judges have made it and is the result of rules they have applied in the adjudication of cases. The guiding principle of our legal method, of course, is stare decisis. It is based on the theory that when a court has once laid down a rule of law in one or more cases the rule will no longer be open to examination or to a new ruling by the same tribunal or by those bound to follow its decisions. This maxim involves no reference to the correctness or fallacy of the precedent required to be followed. At a time when precedents were comparatively few, when economic life had not reached its present complexity, when the great landmarks of the common law were still being worked out, when judges all had to think out their opinions, the system was undoubtedly well adapted to the people for whom it was designed to do justice.

But at the present day conditions have completely changed, and stare decisis has, it is believed, outlived its usefulness. Reported decisions have enormously multiplied. The American case law to-day is to be found in some nine thousand volumes of decided cases, with three to four hundred added each year. The attempt to retain the old system in the presence of these new conditions has resulted in chaos in the law and in an inefficiency in the administration of justice and an economic waste to the community which are incalculable in their scope.

The rule of stare decisis is based upon the importance of stability and certainty in the law, which, as Lieber said, was next in importance to its justice. But with the "countless myriad of precedents" supporting contrary sides of so many questions, it is not unfair to say that stability and certainty, the reason for the rule, have practically disappeared. And the manner in which precedents have been used, or abused, has further destroyed the value of the rule. Instead of adhering to the original maxim that only previous decisions in the same jurisdiction are binding precedents, many of our courts and our lawyers, when they deem it desirable, draw upon the decisions of any other jurisdiction in support of a conclusion. Nor is the distinction between ratio decidendi and dictum properly maintained.

But most curious development is the varying degree of consistency with which different courts have adhered to the rule. Many courts have considered themselves bound by former decisions although frankly expressing doubts as to whether they were legally defensible. Other courts have considered it their duty to follow decisions even if thereby they perpetuated error, regarding the legislature as the only source of relief. Still other courts, in the endeavor to uphold the principle and yet depart from a prior decision considered erroneous, have introduced the insidious process of distinguishing and limiting, which, however much its legitimate use may contribute to the growth of the law, has been carried to a point at which it creates confusion and uncertainty. While professing to uphold a rule of law they actually pare away all its substantial support. But few courts have recognized expressly that it was not the purpose of stare decisis to perpetuate judicial error.

One of the results of stare decisis has been a lack of flexibility in the interpretation of the law, notwithstanding its early success in this regard. The common-law rules, as has been demonstrated during the last decade, could not accommodate themselves to the social needs of the present day as now expressed in much of our "social legislation" and statutory repeal of common-law rules was in some cases necessary to secure judicial recognition for such legislation. While it is well that changes in the law should be slow, there must be some measure of harmony between the progress of the law and the development of society. The principles of assumption of risk, contributory negligence, and the fellow-servant rule, all favorable to the employer, with the "due process" clause of our constitutions, were responsible for much maladjustment and long delay in the recognition of the worker's rights.

But the slavish worship of precedent has had other results. The system and the courts demand that to sustain a proposition of law previous supporting decisions must be cited. To enable the lawyer to examine the immense mass of judicial law, enterprising publishing companies have prepared voluminous digests which are designed to make his task easy. Incidentally, it may be said that it is not the principle of law which is emphasized in this digesting of cases, but rather the similarity of fact, and it may be added that by the customary treatment of a case in minute cross-sections, the broad principle of law is often completely lost. The result of the system is that in practice the lawyer to whom a case is presented for litigation immediately feels called upon to search for similar or analogous cases, and it is commonly stated that with 50 or more jurisdictions in this country now handing down decisions, there are few points of law doubtful enough to require litigation in which decisions on both sides can not be found.

No better picture of the place now occupied by judicial decisions in our legal system has perhaps ever been presented than that drawn recently by one of

the ablest lawyers and scholars in the United States. His remarks warrant quotation:[1]

We have spoken of the annual "output" of judicial reports, and the phrase, with its thrifty flavor, is deliberately chosen; for the publication of reports is little regulated and thoroughly commercialized. With each court there is connected a pipe promptly to convey its product to the great center of distribution; and from this center, day by day, month by month, year by year, there is poured out, as through a great main, upon a gurgling, gasping, sputtering bar, a turgid stream of judicial decisions. Here there is no discrimination, no estimation of merit or of importance. Cases petty and cases important, cases of national interest and cases of interest purely local, final decisions, and decisions either reversed or on the way to reversal, are, with generous impartiality, spread broadcast over the entire land.

This system is supported by the bar with mingled feelings of gratitude and despair; for the bar is conscious of the fact that while it is in a sense served by the system, it is also enslaved and debauched by it. The very multiplicity of cases, and the consequent impossibility of dealing with them scientifically, reduces practitioners to a reliance upon particular decisions rather than upon general principles; and this in turn accentuates the tendency, long ago abnormally developed, to pay undue respect to mere cases as authority. How often do counsel produce with an air of triumph the latest decision, rendered perhaps in some far-off jurisdiction by a judge whose opinions derive their weight solely from his official position. How often, too, do they cite cases in their briefs indiscriminately. Some years ago the statement was made that in a single volume of reports then lately published more than 5,000 cases were cited, and although this number would seem to suffice, possibly it may since have been exceeded.

The lawyer, therefore, in presenting his case is concerned less with reason or principle than with the necessity of finding as many cases as possible which are like the one at bar and support his conclusion. The efforts of his mind are concerned much less with legal reasoning than with distinguishing ingeniously the cases that are against him and by analogy drawing into line those that seem to support him. The result is an ever increasing dialectic technicality. The system tends to make smart men, rather than learned men.

The advantages derived from our political system of a federation of States have brought some penalties, among others, numberless conflicting judicial decisions which must be assimilated in the law. The courts have to go but little beyond the briefs of the attorneys for all the decisions which they need to consider, and while many able opinions are still delivered, the customary decision usually adds but one more case to the uncertain line of decisions which has been constructed upon a given point of law. The attempt to make a selection of the cases to be reported has apparently met with no support from the bar. The advantage of the homogeneous judicial heirarchy enjoyed by England has enabled the bench to cooperate with the bar, so that the council of law reporting excludes from the law reports cases which are valueless as precedents; although the eager demand for decided cases still prompts the Law Times and other similar publications to report many of the discarded cases. In this country recommendations to bring about some selection in the reporting of cases have been left unheeded. Our common law more than ever has become a "wilderness of single instances," and for that very reason the need is now greater than ever for emphasis upon guiding principles. In many branches of our law, it is now almost futile to endeavor to deduce a guiding principle from the decided cases. Certainly it is unfortunate that, as happens so often in our larger cities, the same state of facts leads to one legal conclusion in a State court and to a different conclusion in a Federal court a few hundred yards away.

[1] Address before the alumni of the law school of the University of Pennsylvania, by Mr. John Bassett Moore. See 62 Univ. of Penna. Law Rev., 525, 538 (1914).

There is some difference of opinion as to whether judges should be appointed or elected. But the system of electing judges for short terms, usually without consulting the bar, is surely unwise, and makes it surprising that our bench when thus recruited can still boast of so many good judges. The tremendous pressure under which most courts labor, due to the great amount of litigation they must dispose of—much of which would be unnecessary under a more efficient system—renders a carefully reasoned and scholarly opinion very nearly a physical impossibility and an all too infrequent occurrence. The system of case citation as the guiding rule of our legal method in reality caters to the incompetent judge, for, with the power to rely upon previous decisions, it enables a judge so inclined to avoid the necessity for independent thinking.

The demand of our courts for case law is naturally met by the bar, by publishing companies and by writers. The demand of both bench and bar is met by the law schools, the one institution from whom we have the right to expect a contribution and an encouragement to learning and scholarship. Very few law schools in this country pay the slightest attention to the history of law, to the theory of law, to comparative law, or to legal science as a whole. The study of these subjects is an absolute requisite in civil law countries. How few of our students acquire any familiarity with the contributions of such jurists as Amos, Maitland, and Gray, not to mention von Jhering, Gierke, and Duguit, to cite but a few jurists who have written for the whole profession throughout the world. The work of such leaders of thought as Wigmore and Pound receives far too little appreciation from our bar and our courts. Far too few among our lawyers have taken advantage of the recent translation into English of standard works of foreign jurists by which Professor Wigmore and his colleagues have placed at the disposal of the American lawyer some of the most valuable contributions to legal history and legal science. It remains with the law schools to take the initiative in improving our bar and through our bar our law. They must assist in overcoming the contempt which the practising lawyer of to-day has for what is termed "jurisprudence," or the science of law. Dicey states that "jurisprudence stinks in the nostrils of a practising barrister," and this unattractive sentiment has been echoed not only by practitioners but by professors of law in this country. Perhaps it is the natural distrust of the unknown which inspires the dislike.

It must be admitted that the case system of studying law classified into subjects to be mastered in three years, however desirable as a method of legal training, gives but little time for the study of law in its larger sense as a social science, as a vital factor in the maintenance of the social order, as a field of knowledge which requires in its service the aid of the best scholars. The veneration of judicial precedent, the corner stone of our system, the vitalization of the maxim that "an ounce of precedent is worth a pound of principle," has encouraged hackwriters, compilers, and digesters, who are indeed at times cited without discrimination as authorities. In England they are at least consistently severe in this regard. Lord Chancellor Haldane recently protested against Halsbury's Laws of England being cited as authority in his court, and Lord Justice Vaughan Williams objected to a similar use of Odgers on Libel, expressly indorsing the old idea that counsel were not to cite living authors as authorities. Thoughtful writers and thinkers on the law, who have contributed so greatly to build up the civil law, are given no encouragement under our system because their opinions, however well reasoned and mature, have not as much authority as the opinion of the weakest judge in a litigated case. Probably most of our lawyers are too busy or too little inclined to observe that but very few scholarly contributions to our legal lierature are being made.

It will be necessary to mention only a few of the specific problems in which our weakness is additionally demonstrated by comparison with the civil law. Reform in procedure, of course, was the first watchword of our law reformers, and up to the present time slight improvements have indeed been made in some States. In the civil law countries, procedure is made as simple as possible. The codes of civil procedure of most of the civil-law countries contain usually less than 1,500 articles of a few lines each,[1] setting forth certain general rules which are designed to enable contending parties quickly to join issue, and to facilitate the trial and dispatch of litigated cases. Procedure occupies its proper place as a means to an end, the end being the prompt adjudication of conflicting interests according to law. It must be admitted also that procedure is not equally bad in all States, but the State of New York, more populous than all but one of the civil-law countries on this hemisphere, may not unfairly be pointed to as an example of how far we sometimes divorce law from justice. A complicated code of civil procedure of over 3,300 sections, many of enormous length and full of technicalities, has enabled lawyers time and again to thwart, delay, and overburden with expense the adjudication of a meritorious cause. The innumerable decisions on questions of procedure signify enormous sums paid by clients who have substantive rights to be determined instead of subjecting themselves to a game of jockeying between attorneys—a game which continues in fact throughout the trial of a cause, for the trial judge is but little more than an umpire to secure observance of the rules of the game. An examination of the reports of the highest courts in the countries of western Europe for 1913 discloses that the number of decisions on questions of procedure is almost negligible. The number of new trials on technical points and the complexity of appellate procedure in this country are really, it may be truthfully said, unknown to the countries of the civil law, or, for that matter, even in England. In addition, lawyers' fees are much more moderate in the civil-law countries.

Again, our complicated rules of evidence have made for technicality and in many cases unfortunately are employed not to reveal but to suppress the truth, and the fact that they are legal rules renders the judge powerless to disregard them for the purpose of ascertaining the truth. Probably no branch of our law affords the student more intellectual pleasure or appeals more to logic than the law of evidence, and no proposal to abolish it would meet with favor. Our rules of evidence, of course, grew up with the jury system and were intended largely for the guidance of the jury. Perhaps that is one reason why the civil-law countries get along without most of these technical rules embraced in our law of evidence. The jury in civil cases is practically unknown to them. Civil cases are presented to a judge, usually a man of the best training, who hears conflicting evidence and judges of its weight for himself. More-

[1] The following table shows the dates and number of articles in the codes of civil procedure of the following civil-law countries: Argentina (Buenos Aires), Dec. 9, 1907, 961; Austria, Aug. 1, 1895, 602; Belgium, Mar. 25, 1876, 1042; Italy, June 25, 1865, 950; Luxemburg, Apr. 14, 1806, 1042; Monaco, Sept. 5, 1896, 977; Netherlands, June 7. 1838, 899; Bolivia, Dec. 31, 1857, 993; Brazil, Nov. 25, 1850, 806; Chile, Aug. 28, 1902, 1100; Ecuador, June 18, 1897, 1034; France, Apr. 14, 1806, 1042; Germany, Jan. 30, 1877, 1048; Haiti, July 18, 1834, 963; Honduras, Mar. 1, 1906, 1306; Hungary, Jan. 8, 1911, 792; Paraguay, Aug. 14, 1876, Jan. 1, 1884, 774; Peru, July 28, 1852, 1824; Portugal, Nov. 8, 1876, 1178; Spain, Feb. 3, 1881, 2182; Switzerland (Federal), Nov. 22, 1850, 208; Uruguay, Jan. 17, 1878, 1362; Venezuela, Apr. 18, 1904, 777.

The following are the number of articles in the codes of civil procedure of various code States of the United States; some exclude evidence and some are merely practice acts: California, 2104; Georgia, 1040; Idaho, 2848; Iowa, 1299; Louisiana, 1161; Montana, 1855; New York, 3384; North Carolina, 542; Ohio, 2154; Oklahoma, 962; South Carolina, 492; Tennessee, 1991.

over, at least in central and western Europe, the oath has much greater sanctity than with us, apparently, and perjury is severely punished. In our own system there is no doubt that the jury is a much overworked institution and does not necessarily contribute to justice, the presumptive aim of all systems of law. It is a well-known fact that when lawyers have a weak case they prefer a jury to a single judge sitting alone, for "one can always take a chance with a jury." There is every reason why ordinary civil and commercial cases can be better decided by judges without juries, and in England, in fact, the jury is now practically employed only in certain tort cases, such as malicious prosecution and slander and libel. Workmen's compensation acts have also diminished the necessity for the jury, for they have replaced those common-law rules of liability which were favorable to the employer and were only tempered by a jury favorable to the employee. If we could, therefore, gradually decrease the employment of the jury in civil cases, we should render less necessary many of the technical rules of evidence, we should have fewer new trials on errors due to the jury system, and we should greatly lessen the cost of litigation, besides gaining other advantages too obvious to require statement.

One of the most serious defects of any legal system is uncertainty, and of that we have an abundance. The mass of conflicting and inconsistent decisions, on substantive and adjective law, has invited a mass of legislation. The enactment of rules of procedure is still in the hands of legislatures instead of being, as in the British Empire generally, a part of the rule-making authority of the courts.[1] The general ignorance of legislatve technique has resulted in a great deal of ill-considered and badly drafted legislation, which has necessitated more judicial construction, and so on in the vicious circle. The purpose of stare decisis was to make for certainty in the law. The verdict of experience is that we have probably more uncertainty in the law than any other civilized nation, and that Coke's admiration for the common-law system because derived from actually decided cases has but little justification to-day. As Mr. Wigmore has pointed out, we have lost all the advantages of stare decisis and have retained and intensified all of its disadvantages.

It may be asked how we shall escape from the disadvantages of our legal method. Feasible plans are not easy to frame, but if a suggestion may be ventured, it is this: Only by a change in our legal habits, combined with a rational system of codification, the codification of controlling principles and precedents. Whatever its weaknesses, codification offers probably the best solution for our difficulties. It has tremendous obstacles to overcome in our political system of sovereign States and the tendency to local particularism which discourages uniformity. A slight beginning, greatly appreciated, has, however, already been made in the acceptance of some of the drafts of the commissioners on uniform State laws. We need not, therefore, consider the task as hopeless. We might with considerable profit examine the method of codification adopted in British India, where by the use of what is known as "Macaulay's invention" of adding authoritative illustrations to the enacted text of a code they have achieved the advantage of a clear statement of the general principles of many branches of the law, while retaining the great advantage of case law in preserving the record of the remedies applied in the solution of actual cases.

But at the present moment, it is submitted, we are not ready for codification. Our law schools have not met their obligation of training a sufficient number of men who would be competent to take up such a monumental task. The law school should offer an opportunity to qualified students for training in the principles of

[1] See "Studies in English Civil Procedure: II. The Rule Making Authority," by Samuel Rosenbaum, in 63 Univ. of Penna. L. Rev. 151 (1915).

legal history, legal theory, comparative law, and legal science in general, the absence of which Prof. Redlich criticized in his recent report upon our system of legal education. One of the incidents of our insularity has been a neglect of foreign languages. Few of our lawyers can intelligently read a foreign law book; yet much of the world's best thinking in law has been made known in a foreign tongue. Greater emphasis upon modern languages will be an important factor in enabling our law students to acquire that broader and deeper substructure of legal knowledge which is essential. It has been the observation of the writer, after contact with lawyers of some 20 countries, that the education of our bar, taken as a whole and considering the average, is more superficial than is that of the bar of nearly every other civilized country. But very few of our lawyers think in terms of society or have any other than a merely business—certainly not a scientific—interest in the law. And yet if our law is to be improved it must be done by the bar itself on its own initiative, for the general public, notwithstanding the bitter experience of individuals, has proved indifferent to the social waste entailed by the present inefficiency of our system.

The aim, then, must be to institute in our leading law schools, in addition to the present courses for active practitioners, certain advanced courses in legal research to cover the history, the theory, and the philosophy of law and comparative law and thus stimulate constructive scholarship. A proposal to extend our law course to four years need not be regarded as inexpedient, especially in view of the fact that in the civil-law countries of western Europe and Latin America the law course covers from five to seven years. Moreover, experience has shown that, however admirable the case method is pedagogically, it takes the average student nearly a half year to feel at home and in tune with his work, especially as many of our law schools fail to give the student an introductory survey of the law as a consistent whole. If three years, however, is to be the limit of instruction, a portion of the work of the third year might be devoted to the subjects mentioned above in order (1) to give every practitioner some of the rudiments of legal science and (2) to enable the more serious students to acquire a taste for deeper learning in the law and a desire to continue further the pursuit of legal knowledge. If the law schools can exercise this progressive influence on our bar, it will inevitably reach the bench, the law, and the system itself.

The CHAIRMAN. The next paper upon the program is entitled "A study in Mexican law", and was prepared by Mr. Thomas W. Palmer, jr., of the Alabama bar. The volume in the Government series on foreign law which deals with the law of Spain was also prepared by him. Mr. Palmer, who pursued the plan of Dr. Borchard, has not only had several months of association with him but has had also the benefit of study at the University of Madrid. We shall now have the pleasure of listening to Mr. Palmer's paper.

A STUDY IN MEXICAN LAW.

By THOMAS W. PALMER, Jr.,
Member of the Bar of Alabama.

All civilized nations have by this time shaped their legal institutions, on the whole, into something which in each case is at least as suitable to their character and habits as anything of a different pattern that the wisdom of strangers could devise for them. We find often that institutions we think so natural do not always appear natural in other parts of the world and under other frames of society no less civilized than our own. (As the eminent jurist, Frederick Pollock,[1] has stated, legal institutions must be studied in the light of the national history if they are to be rightly understood.) For one who has been educated and trained under the Anglo-American system it is difficult to understand the laws and legal institutions of a system so different as that of Mexico, or its parent, Spain. The Mexican no doubt experiences a similar difficulty in studying Anglo-American law.

In the brief time allotted for this paper it will be impossible to do more than to point out a few peculiarities of Mexican law of interest for comparative study. It has occurred to me, however, that before taking up this somewhat technical subject a summary description of the manner pursued by the writer in approaching it may prove of interest to this audience, and possibly of help to some who are contemplating investigations of a similar nature. The experiences of a lawyer and not of a scientific investigator of foreign law are offered.

First, it is almost axiomatic that one can not expect to grasp the law of a foreign country if he does not understand his own, and is able to differentiate and compare the various theories and principles. All systems of law, like languages, bear many similarities, and are each for a single purpose—to attain justice.

After the termination of a three years' course of study in Anglo-American law I undertook the study of Spanish law, knowing it to be the mother of the legal system of a large part of the world in which we have vital interests. With an understanding of Spanish law I was advised that Spanish-American systems were more accessible and better understood. Following a brief, and inadequate as I later discovered, study of the civil of Roman law, I took up that of Spain, beginning with the institutions of the earliest known inhabitants, the Celts and Iberians, tracing the development of the law through the infusion of the Roman, Germanic, and the Arabic elements of which this system is a composite. The history of the various old codes as the Lex romana visigothorum, Fuero juzgo, Furo viejo, the Partidas, the Nueva, and the Novísima recopilación was studied, as well as the evolution of the derecho foral and the customary law. I found that an early collection of statutes, pragmatics and orders enacted and issued by the House of Austria in 1680 relative to the colonies under the name of "Leyes de Indias" with later amendments and additions, is to-day of considerable importance in Mexico. Other practical results followed from this historical research.

A cursory study of the science of law and its closely related subject, the philosophy of law, was next taken up purely in an historical way in order that the growth and progress of the system could be better appreciated. The four epochs—that is to say, the early or primitive period, the Rennaissance, the period of the influx of the French encyclopedists, and the present constitutional period or epoch, were differentiated and marked.

[1] Continuity of the common law by Frederick Pollock. 11 Haw. Law Rev., 423–433.

At this time I had a fair idea of the system of codes so different from Anglo-American institutions, the principles and theories of law, and even the contents of modern codes to a greater degree. With the latest revised code, on a particular branch of the law, a good textbook, and an up-to-date encyclopedia, the actual law in a given case could then be ascertained.

My great handicap was an inadequate knowledge of the language, as no language can ever be acquired without actually living in the country itself. On arriving in Spain I found that a vocal transmission of ideas was practically impossible beyond mere commonplace matters. Teachers or instructors versed in legal language were almost impossible to secure, and the only recourse was oneself. Hour after hour I sat listening to lectures in the Facultad de derecho of the Universidad Central, at the Ateneo, and at the Academia Real de Jurisprudencia y Legislación whenever possible, frequently not catching but a sentence here and there. Probably the best results were obtained in listening to the trial of lawsuits and criminal prosecutions. The long dry arguments in the various salas of the Tribunal Supremo and the actual trial of cases in the Audiencias, and even in the juzgados followed by a reading of the sections of the codes cited proved interesting and extremely instructive.

The greatest setback was an occasional association with my own compatriots.

On entering upon the study of Mexican law, I, as others have done, first observed the scarcity of thorough treatises in the native language. Nearly all are handbooks on codes and the various statutes. There exist a few treatises and many translations of laws in English, the most useful and authentic beyond doubt being Mr. Wheless's Compendium,[1] published in 1910. This work will give one an accurate knowledge of most of the law "vigente." An older treatise, by Frederick Hall,[2] of San Francisco, is a standard work as well. In actual practice the courts and lawers of Mexico use no textbooks, relying mostly on the Spanish diccionario or encyclopedia of Joaquin Escriche for assistance in interpreting the codes and statutes and supplying principles to be applied in absence of legislative enactment. To Anglo-Americans it is interesting to note that the decisions of the appellate courts are not binding precedents and do not establish jurisprudence. In fact, they are never reported and published as in Spain, and hence are not resorted to for the persuasive influence they enjoy there. The Congreso in the civil code (arts. 20 and 21) and the commercial code (art. 1324) provides as follows for the determination of the law in a particular case:

> When a judicial controversy can not be decided either by the text or by the natural sense or spirit of the statute, it shall be decided according to the general principles of law, taking into consideration all the circumstances of the case. In event of conflict of rights, and in default of express statute for the special case, the controversy shall be decided in favor of the party seeking to avoid a loss and not in favor of the one seeking to make a gain; if the conflict is between equal rights, or of the same kind, it shall be decided by observing the greatest possible equality between the interested parties.

Just as in the United States the Anglo-Saxons brought over their "common law" and gave to us our legal institutions, the Spanish emigrants carried with them their system. This has survived a political dismemberment, and even under the republican form of government existing, or supposed to exist,

---

[1] Compendium of the laws of Mexico officially authorised by the Mexican Government, etc. * * * By Joseph Wheless, St. Louis, the F. H. Thomas Law Book Co., 1910. 2 v.

[2] Hall, Frederick. The laws of Mexico * * * San Francisco, Bancroft & Co., 1885. 840 p.

in Mexico, the Spanish codes have been drawn upon for material. It must be mentioned also that the Novísima recopilación is in force in certain regards and frequently cited in the trial of cases.

Codes, supplemented by a few special statutes, cover every subject and branch of the law. These attempt to embody legal principles as well as positive laws and rules.

In referring to the Mexican codes one ordinarily intends the national or federal codes in force in Mexico City or federal district and the territories. The Republic's name, "Estados Unidos Mexicanos," shows that it is a federation or coalition of various States, but in practice the separate entity of the individual State does not exist to the same degree as in the United States of North America. It is true that in theory each of the 27 States is "free and sovereign," and each has its own legislative body with plenary powers of legislation, as limited by the provisions of the State and National constitutions. Even a cursory examination of the constitution of the Republic (adopted in 1857, but amended many times) will show that its provisions would tend to cause a uniform system of laws. The States are apparently created and their boundaries and limits are defined by the constitution. The President has certain powers in respect to the appointment of governors within the States and other unusual rights are vested in the federal government. The commercial and mining codes (constitution, art. 72, sec. 10) are made obligatory throughout the Republic, and in practice the other federal laws are readopted nearly verbatim by the individual States. It might be said with fair accuracy that a uniform substantive law exists in all parts of Mexico with a possible local variation in matters of small importance.

In passing there must be contrasted the unfortunate situation in our United States, with its 50 different systems, which, though arising from a common origin (excepting Louisiana, whose law is based upon the civil law), offer frequently as many different variations. But possibly for the profession this is preferable, as it affords more work for the lawyers.

The federal codes and statutes, popularly called the "National Code," are enacted and promulgated by the congress, just as with us. This "National Code" consists of a civil code, a commercial code, code of civil procedure, penal code, code of criminal procedure, code of military law, stamp-tax law, a mining law, the código de extrangería (or code for foreigners), a sanitary code, code of extradition, and a manual for notaries.

Although Mexican legislation is supposed to attempt precision it is far from being concise, and much matter is duplicated. Frequently there is found illogical sequence. This is especially true within chapters of a particular title of a code, and the resulting disarrangement of logical order of statement of cognate propositions of law is troublesome to the investigator. It must be admitted, however, that the general plan of the code as far as books, titles, and chapters are concerned is one of scientific arrangement.

As the code and statutes are enacted they are published in the official daily gazette of the government, El Diario Oficial. Unfortunately, there exists no collecion of "revised statutes" or official compilations of all the laws, the government having been extremely neglectful in this particular. They are edited and published in practical form, usually in numerous small volumes, by private parties.

An oddity exists in Mexico in regard to the time when the laws, statutes, and regulations enacted or passed by the legislative body take effect. The Código Civil provides, in articles 2 to 4, as follows, quoting from Wheless's translation:

Laws, regulations, circulars, and other legal dispositions for general observance take effect from the day of their promulgation in the places where promulgated, unless a different day is fixed in them on which they are to go into effect; for places distant from that of promulgation, one day will be added for each 20 kilometers or fraction over 10 which such places are distant therefrom.

As to the various branches of the law, it is interesting to note that the law of torts is but imperfectly developed, there being nothing whatever upon the subject except a chapter entitled "Civil liability" appearing in the penal code and a few provisions relating to torts growing out of violations of contracts in the civil code. Although the Anglo-American tort law itself has been developing slowly, yet with us over two-thirds of the cases actually litigated arise from "civil wrongs," and in our big cities the numerical majority of the lawyers are engaged in such practice. The penal code provides that in order for one to be civilly responsible for an act or omission contrary to a penal law it must be shown either that he wrongfully took the property of another; that by himself or through another he wrongfully caused damage and loss to the plaintiff, or that being able to prevent it, the damage or loss was caused by a person under his control. Special liabilities are placed on parents, guardians, schoolmasters, and husbands for the acts of children, pupils, and wives, respectively. Judges and all public officials and employees are civilly liable "for arbitrary detentions made by them in improperly ordering the arrest of a person; for detaining a person in prison longer than the law permits; for the damages caused by their want of skill and knowledge, or by their delay in the dispatch of business; and for every other misdemeanor or crime committed in the exercise of their functions by which they cause injury to others."

In all actions ex delicto the court endeavors, first, to have the litigants come to an agreement as to the amount of damages and the terms of payment. If they will not agree, the code lays down a few general principles and tables for the guidance of the judge, upon whom falls the duty of ascertaining the amount. They do not seem to make a distinction between compensatory and punitive damages where, for instance, the act was one of simple negligence as opposed to willfulness or wantonness. It is attempted only to place the injured parties in complete statu quo, leaving punishment exclusively to the criminal courts.

In rights ex contractu the influence of the Roman law is evident in many instances. The civil idea of the obligation of a contract is followed, although there exists a lesser rigidity of classification as to form.

The codes provide rights and remedies which cover both the legal and equitable rights and remedies under Anglo-American law. Specific performance, rescission for fraud, reformation in case of mistake of facts, and other remedies peculiar to our equity as distinguished from our law courts, are allowed. In fact, to a Mexican our separate law and equity jurisdictions are inexplicable.

As regards the formal requisites of contracts, and in fact other documents—as, for example, wills—the law of the situs of the execution governs the sufficiency. However, if the performance is to take place in Mexico the parties, whether Mexicans or foreigners, can elect to follow either the law of the situs of execution or the place of performance. The validity of the contract or preferably the obligations and rights arising therefrom are governed by the law of Mexico when the parties are citizens of that country. Where the contract or will was executed by a foreigner, he can elect which law he prefers to come under as far as personal rights and personal property are concerned. It should be remembered that the capacity of Mexicans to enter a contract is controlled by the law of nationality as opposed to that of domicile.

A few peculiarities of the law of property also may be pointed out. The civil code at articles 680 to 683 declares that everything "not excluded from commerce" may be the subject of ownership. Just as in the common law property is divided into two general classes, "bienes muebles" and "bienes inmuebles," which translated literally means movable and immovable, or personal and real property. It is interesting to note that chattels that are intended by the owner of an estate for the immediate uses of the industry conducted thereon are "bienes inmuebles" whether attached to the realty or not. Even animals, if used as breeding stock on farms devoted partly or exclusively to stock raising, are classified in the same category.

When one finds an unclaimed or abandoned chattel he is required to deliver it to the political head of the nearest town, who after an appraisal advertises the fact for a certain length of time, varying according to its value. If no one claims it, it is then sold and the proceeds are divided—one-fourth to the finder and three-fourths to a public charity. Strange as it may seem even in the case of real property, if one discovers an abandoned realty he may "denounce" it before the nearest official. A proceeding similar to that for personality is had and the "denouncer" is awarded one-fourth of the proceeds of the sale.

When it came to the question of rights acquired by prescription the Mexican lawmaker was not troubled by theories of the "lost grant" that bothered the common-law judges. They simply decided that where possession of property was had for a certain length of time adverse to all claimants title was acquired. The Government is not protected, and the Federal, State, and municipal governments are subject to the same rules as private persons in regard to prescription of the property, rights, and actions. This appears unusual to Anglo-Americans in particular. Personal property may be acquired by adverse possession as well as realty.

In discussing Mexican law the institutions and some of the specific provisions in the codes have been pointed out as strange to the Anglo-American lawyer. One often hears it said in the southern part of the United States that the Mexican law is exactly opposite to ours; that if one thing is true with us its contrary exists with them. However that may be, the actual result, a determination of rights between parties based on justice, is identical.

In comparing the two systems one can not help but see that in theory the Mexican is more scientific. With us the ever-increasing mass of judicial decisions, with the reckless, haphazard promulgation of legislative enactments, has caused our system to become unwieldy. The determination of the law of a case in actual practice is a continuous search for a precedent, a case in point being more valuable than a thousand sound, logical reasons. The vast number of decisions in the books renders it well-nigh impossible to read and reconcile them all, and the resulting uncertainty of the law is easily apparent. The demand for executive boards and commissions with summary and plenary powers, freed from judicial review, are but only outward evidences of a public dissatisfaction with the system, and the advanced thinkers among the profession predict a fundamental change.

While Mexican law is at times possibly defective, it is the offshoot of a system scientific and lasting and offers fruitful fields for comparative study. The continued political turmoils that ravish the country have caused many to believe that there exists no law in Mexico. As to its proper enforcement an opinion is not ventured, but it is true that Mexico possesses an elastic and well-arranged system of law and many positive enactments which can present helpful suggestions to those who will assist in the reformation of the Anglo-American system.

The CHAIRMAN. I beg to announce that the following papers will be read by title:

Organisação judiciaria e especialmente com relação á nomeação dos juizes; organisação e funcções dos tribunaes de 1ª instancia, by Alfredo de Almeida Russell.

Delicto juvenil, by Alfredo Balthazar da Silveira.

ORGANISAÇÃO JUDICIARIA E ESPECIALMENTE COM RELAÇÃO Á NOMEAÇÃO DOS JUIZES; ORGANISAÇÃO E FUNCÇÕES DOS TRIBUNAES DE 1ª INSTANCIA.

Por ALFREDO DE ALMEIDA RUSSELL,

Rio de Janeiro, Brasil.

I.

O problema da organisação do poder judiciario é um dos que mais devem preoccupar o legislador de qualquer paiz. Sóbe, porem, de importancia a solução do problema, tratando-se de democracias e, de modo especial, de paizes nos quaes, como se dá no Brasil, foi reservado ao poder judiciario papel de importancia consideravel.

Saber qual o modo porque deve ser organisado o poder que decide dos direitos dos cidadãos em face do Estado e uns em frente aos outros, é assumpto de tal monta que muito bem fizeram os organisadores do 2° Congresso Scientifico Pan Americano em incluil-o no numero das questões que têm de ser nelle estudadas. A boa vontade de concorrer, não obstante a sua incompetencia, para suscitar ideas a serem discutidas, justifica o autor do presente relatorio, apresentando-o.

II.

A primeira questão que se agita quanto ao modo por que devem ser recrutados os magistrados é a de saber se devem ser eleitos os membros do Poder Judiciario pela maneira por que o são os membros do Poder legislativo e o Chefe do Poder executivo, se devem ser nomeados pelo Chefe da Nação ou finalmente se o devem ser pelos demais membros do Poder Judiciario. Todos os tres systemas têm partidarios nos diversos paizes e delles se occupará este relatorio, começando por estudar as opiniões favoraveis e contrarias á escolha dos magistrados por eleição.

O principal argumento dos partidarios da eleição dos juizes, que entre nós no Brasil se apresentaram por occasião da elaboração da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, desde o projecto apresentado ao Governo Provisorio pelo eminente professor Americo Brasiliense, de saudosa memoria, em que os juizes da Côrte Suprema de Justiça eram eleitos pelo poder legislativo dos Estados, é que, assim como o poder executivo e o legislativo se constituem por eleição feita pelo povo ou seus representantes, para esse fim eleitos, deve tambem ser eleito pelo povo o Poder Judiciario como elles autonomo e independente.

Tal argumento que impressiona á primeira vista determinou a adopção da eleição dos juizes em alguns paizes dos mais cultos como se verá adeante e opiniões autorisadas em seu favor em outros como por exemplo a França.

Em 1883 conseguiram os partidarios da eleição, com Clémenceau á frente, reproduzindo as lições de Jules Simon no sentido de que, se a eleição não é um corollario do principio da soberania nacional, corresponde ao menos em apparencia ás aspirações democraticas e sob fundamento de que os juizes devem ser representantes da soberania nacional e de que nenhum poder deve intervir na escolha dos representantes do outro, fazer vencedor em França o seu principio. Ephemera foi, porém, a victoria e de ante da opposição de Waldeck Rousseau e outros tiveram de bater en retirada os vencedores do momento. Waldeck Rousseau sustentou então que juizes nomeados por um governo sahido da representação nacional são, é verdade que mediatamente, uma emanação da soberania nacional, ainda mais do que o seriam os eleitos apenas por um grupo de eleitores de determinada circumscripção.

Contra o systema da escolha dos juizes por eleição popular allegam-se muitos argumentos de valor dos quaes o primeiro é que elle não offerece todas as garantias de que o eleito pelo povo reuna as qualidades de capacidade e de instrucção exigiveis para o exercicio de um cargo como o de juiz. Nem mesmo estabelecendo-se um numero limitado de eleitores, só votando cidadãos que reunam certas condições de capacidade, como no Brasil pretendeu a commissão especial nomeada pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em 1892 para tratar da organisação judiciaria do districto federal, desapparece o inconveniente da eleição para provimento de cargos de justiça que devem ser providos por um processo em que a calma e a reflexão, que se não podem verificar numa eleição em que entram elementos varios, dominem. É difficil que os eleitores que tomam parte no pleito conheçam com segurança dos candidatos os que têm mais capacidade para o exercicio da delicada funcção de julgar. Os candidatos seriam escolhidos como porta-bandeiras de uma opinião, de um grupo, de um partido sob influencia de paixões.

Argumenta-se ainda com o facto de que a eleição põe o juiz na dependencia do eleitor e tambem com a consideração de que para tornar conhecidos os candidatos seria necessario que se formassem comités encarregados de fazer propaganda dos candidatos perante o corpo eleitoral, expondo as idéas desses candidatos. Tal necessidade ainda subordinaria mais os juizes aos elementos que tivessem concorrido para a eleição e obrigaria a compromissos que difficultariam depois o exercicio do cargo para o qual devem os que o obtêm abrir mão de quaesquer motivos que impeçam o goso de uma calma absoluta e de uma isenção perfeita.

Se mais argumentos ainda fossem precisos para excluir o systema da eleição dos juizes, ha ainda a subordinação do juiz ás paixões dos eleitores por occasião da renovação do mandato. Ainda mesmo que os juizes saibam fazer calar paixões e odios e tenham vontade de fazer julgamentos com serenidade, quer se trate de amigos quer de inimigos, não é da natureza humana que, dada a hypothese da temporariedade de mandato, no fim do mandato e na vespera das eleições, conserve o juiz a independencia exigida sabendo que sua re-eleição depende da boa vontade dos comités.

Finalmente argumenta-se tambem com o perigo que ha do processo eleitoral determinar com mais facilidade a entrada para o quadro da magistratura de juizes deshonestos. Quem poderá affirmar que eleitores que não têm responsabilidade do seu voto não sejam capazes de transigir escolhendo para funcções judiciarias individuos de má qualidade que não trepidem em votar pela victoria de uma pretenção por interesses inconfessaveis com sacrificio do Direito?

A Suissa e os Estados Unidos da America do Norte são dous paizes onde existe a eleição dos juizes. Os exemplos que fornecem do modo pratico porque funcciona o systema não são de natureza a fazer com que nesse ponto sejam

imitadas as suas instituições. Os Estados Unidos principalmente onde funcciona esse systema de recrutamento de juizes ao lado da nomeação pelo Poder Executivo fornecem prova robusta da pouca excellencia do systema da eleição.

Na Suissa o papel da politica e das paixões na eleição dos juizes não é ponto em que haja convergencia de opiniões. Georges Picot affirma que com o costume implantado da reeleição dos juizes a politica não intervem nas eleições ao passo que Rüttimann acha que os eleitores se deixam levar por considerações que deveriam ficar alheias á escolha, como por exemplo o papel sympathico ou não do juiz em certos processos criminaes principalmente que apaixonam a opinião publica, o que dá logar a escolha muitas vezes de juizes honestos, porem mal preparados.

Nos Estados Unidos, porem, factos de corrupção têm sido apontados na eleição dos juizes, como os de New York ao tempo de Tweed Ring. Attestam os autores americanos que no curso das campanhas eleitoraes passam-se factos que abalam a confiança que o juiz deve inspirar e ha questões a respeito da applicação de certas leis, tomando os candidatos compromissos de mostrar em certas circumstancias maior ou menor rigor. Referem esses autores a intervenção dos *trusts* nas eleições para terem juizes á feição e attribuem aos defeitos proprios ás eleições a mediocridade dos juizes locaes e a desvantagem que resulta para elles em confronto com os juizes federaes.

Os autores estrangeiros que têm estudado a justiça americana acompanham a opinião dos americanos. O Duque de Noailles affirma que o poder judiciario local parece ter cahido em inferioridade lamentavel e attribue isso ao facto dos juizes dos Estados ficarem submettidos ao bel prazer dos cabos eleitoraes, tornando-se facilmente instrumentos dos partidos e os mais humildes servidores das maiorias do momento. Bryce por sua vez conclue que ha tres elementos, cada um dos quaes bastaria para abaixar o movel da magistratura—a eleição popular, a curta duração das funcções e a mediocridade de vencimentos, e desses tres a eleição, tendo como resultado fazer nomear os juizes pelos politicos, dá em resultado collocar partidarios nos postos dos juizes susceptiveis de terem decisiva influencia na politica.

Recentemente o professor Nerink da Universidade de Louvain em estudo que emprehendeu sobre a organisação judiciaria nos Estados Unidos, tratou detidamente das eleições dos juizes na grande Republica, systema que aliás se tem tentado abolir no Estado de New York e que está repellido nos de Connecticut e de Mississippi..

Collocando os Juizes aos olhos do povo em uma mesma categoria social ou ao menos em contacto intimo com uma categoria de individuos que elle desde muito começou a desprezar, a dos politicos profissionaes, o systema electivo, diz o professor belga, arruinou de um só golpe a autoridade dos magistrados e a da justiça. Basta observar um pouco, diz elle, a vida americana para se fazer juizo do pouco caso, da familiaridade quasi desdenhosa que o foro e mesmo o publico professam a respeito dos juizes e, de modo especial os dos Estados do Sul e do Oeste. O cargo é sem honras, sem titulos, sem consideração e raramente o magistrado tem compostura e pertence á boa sociedade, não sendo de admirar que se encontre o juiz em baixa companhia ou em rixas.

Os candidatos á magistratura, dos Estados não são nos Estados Unidos os mais aptos e melhores do foro. Não desejam estes ver o seu nome, sua reputação e sua carreira e ás vezes até sua familia atirados ás discussões ruidosas dos *meetings* eleitoraes e dos boletins de propaganda e muitas vezes não estão em condições de soffrer as despesas que a eleição acarreta. Eleições têm havido *por exemplo em New York*, em que os candidatos têm sido forçados a despenderem 15,000 dollars e candidato já houve processado, depois de eleito juiz, para pagar obrigação contrahida para obter o patrocinio de certo

comité politico. O que distingue aós olhos dos chefes de partido nos Estados Unidos os aspirantes á carreira judiciaria são os serviços prestados pelos candidatos aos partidos quer como advogados si se trata de eleição para juiz de 1ª instancia, quer como juiz si se trata de renovação de mandato e, assim sendo procuram os candidatos agitar as suas candidaturas nas reuniões primarias dos partidos ennumerando os serviços a elles prestados sem esperança de exito para depois, a custa de intrigas e de ardis, acabar por alargar o circulo de sua influencia até vencer por qualquer modo. O chefe politico prefere sempre o candidato que maior numero de votos poderá trazer ao partido e com a regra fielmente observada na America de que em cada districto devem pertencer os cargos aos que tiverem adquirido a qualidade de filho do logar por sua origem ou por serviços locaes, os tribunaes locaes acabam por se tornarem apanagio exclusivo dos chefes locaes.

Houve nos Estados Unidos, em alguns Estados do Oeste e do Centro tentativas feitas pelos advogados para organisação de comités incumbidos de promover eleição de juizes dignos e, graças á organisação de classe, em New York, Pennsylvania, Chicago e Maryland alguma cousa se conseguio nesse sentido. Os politicos, porém, que lisonjeam o povo para guial-o mais facilmente persuadiram os eleitores, já por si desconfiados com a intervenção da classe dos advogados na eleição, de que queriam estes attentar contra a liberdade e dignidade do suffragio universal usurpando funcções de eleitores dos juizes e determinaram a eleição de candidatos de mediocre valor e desconhecidos de preferencia á de advogados dignos e capazes.

Attestam finalmente os que têm observado a campanha eleitoral nos Estados Unidos que os processos de que se usa então são sufficientes para justificar o horror que a politica inspira a quem faz uma idea justa do que deve ser um magistrado. Nos *meetings* de eleitores soffre o candidato um interrogatorio sobre seu programma judiciario e é obrigado a dar opinião sobre a constitucionalidade de leis votadas pelas legislaturas afim de ver-se o serviço que delle podem esperar as emprezas financeiras interessadas na execução ou não de certas leis e sobre o que pensa a respeito de certos problemas como o da applicação das leis anti-alcoolicas e o dos *trusts*. Contam esses autores que no Oeste nas eleições de 1902 a luta eleitoral se travou em torno de dous candidatos a uma cadeira vaga da Corte Suprema do Estado e que os eleitores não conheciam os nomes dos concurrentes mas os de seus patronos que eram dous reis do cobre, o Senador Clarke e o financeiro Henije, que traziam em juizo uma demanda sobre a propriedade de minas e gastaram 2,000,000 e meio de dollars na compra de votos.

Para terminar o estudo sobre o que tem sido a eleição de juizes nos Estados Unidos e os resultados colhidos resta somente lembrar os escandalos da "Tammany Hall" em New York em 1873 em que os malfeitores e homens deshonestos conseguiram fazer os juizes que tinham de decidir as suas questões com os homens de bem, sacrificando sempre os direitos destes.

III.

Se o systema da eleição é mau e não merece ser adoptado pàra o recrutamento dos juizes, pergunta-se se será melhor do que elle o systema de nomeação pelo Poder Executivo e se esse systema deverá ser o preferido, e bem assim se corrige com efficacia o systema ou uso de qualquer dos meios lembrados para attenuar-lhe os defeitos, como o concurso ou a nomeação mediante proposta dos tribunaes ou de eleitorado especialmente constituido para isso em lista contendo os nomes dos candidatos do meio dos quaes deve sahir o novo juiz.

Nerink já citado acha que não deixam de ter razão os americanos quando supportam o systema electivo dos juizes pelo terror ou, pelo menos, pela justificada desconfiança que têm de uma escolha entregue a um governo de politicos, sabendo a opinião publica de quanto é capaz essa gente. Foi por esse receio, que, mesmo em 1872, em seguida aos escandalos da magistratura electiva de New York ainda persistio a convenção constitucional desse Estado, em afastar o systema das nomeações para se conservar fiel, apezar de tudo, ao systema das eleições do juizes.

No mesmo sentido manifestou-se no Brasil em 1897 a commissão especial do Instituto da Ordem dos Advogados no parecer de que foi relator o Dr. Sá Vianna. O principio da livre escolha, dizia o parecer, está condemnado por uma pratica de innumeros annos pois que esta denotou sempre que não poucas vezes as primeiras nomeações para a magistratura são sempre feitas exclusivamente sob os funestos auspicios do patronato de toda especie, determinadamente o politico, sendo certo que nenhuma nomeação se fazia sem a previa e humilhante adopção do candidato pelo chefe local, a influencia do campanario, apresentação e approvação do deputado do districto, sem esquecer o cortejo de empenhos e peditorios para resolver o ministro. Ainda mesmo, porem, que tal não se desse, nota a commissão que o proprio systema está por si mesmo condemnado porque na realidade, atacado por esse lado o systema, não ha quem diga quaes os meios praticos de que dispõe o governo para dentre os candidatos, sempre em grande numero, escolher o mais digno, o de maior merecimento.

Os meios lembrados para corrigir os defeitos do systema e que são apresentação de uma lista organisada pelo tribunal superior com os nomes dos melhores dentre os candidatos, ou por um eleitorado especial e o concurso publico, são de natureza a cercear abusos, mas não são sufficientes garantias de boas nomeações.

O systema da proposta em lista organisada pelo tribunal superior existe no Brasil e desde o dec. n. 9263 de 28 de Dezembro de 1911 a Côrte de Appellação no Districto Federal, verificada uma vaga de juiz pretor, organisa uma lista de 9 membros que submette ao governo afim de que este faça a nomeação de um desses 9 indicados como os mais aptos.

Não se pode negar que a providencia estabelecida tem elevado o nivel das nomeações e evitado escandalos. Tal regimen, porem, não tem produzido o bem desejado em toda a sua extensão porque em uma lista numerosa organisada por um tribunal numeroso que não tem responsabilidade exclusiva da nomeação é facil que consiga entrada um candidato que, embora digno, não seja tão merecedor de nomeação como outros candidatos e que o arbitrio do governo de escolher entre os 9 indicados se manifeste em favor exactamente desse candidato, mesmo sem ser por motivos inconfessaveis.

O systema de apresentação por um eleitorado especial que seria composto de juizes, advogados e professores de Direito conforme manifestou sympathia o parecer do Instituto dos Advogados em 1897, existe na Belgica e no Chile.

No Chile, por exemplo, funcciona do seguinte modo: Em 2 de Março de cada anno reunem-se na Capital o presidente da Corte Suprema de Justiça, os presidentes das Cortes de Appellação de fora da Capital e os de cada uma das Camaras da Corte de *Santiago* afim de organisarem cinco listas de advogados idoneos para os cargos de cada um dos 5 gráos de hierarchia judiciaria: Suprema Corte, Corte da Capital, Corte das Provincias, juizes da Capital, juizes dos departamentos. As listas são enviadas ao Ministro da Justiça que forma listas de 10 e 15 nomes e as remette ao Conselho de Estado que por sua vez organisa listas triplices para enviar ao Presidente da Republica.

Os vicios desse systema por demais complicado, são na realidade menores do que os que se notam no systema da livre nomeação, mas ainda assim deixam ao governo um arbitrio que elle exercerá sem limite na escolha.

O systema do concurso finalmente é o que melhor garante a escolha pelo Governo de pessoa capaz para o exercicio das funcções de juiz e, a admittir-se que o juiz deve ser nomeado pelo governo é indispensavel a sua adopção. Existe elle na Allemanha, na Italia, na Hespanha e na Grecia e mesmo no Brasil em alguns dos Estados Federaes. Contra o concurso para juiz tem surgido os mesmos argumentos que são lembrados contra os concursos para o provimento de cargos de magisterio, e ainda alguns peculiares á natureza das funcções dos juizes.

Dous são os principaes argumentos contra o concurso—prova elle que o candidato é um homem illustrado mas, alem de illustrado o juiz precisa ser moralisado; difficil é a organisção da commissão julgadora do concurso. No concurso, tem-se dito e repetido, a espontaneidade, a promptidão de replica fazem mais effeito do que a rectidão de juizo e a madureza do espirito e seria máo provocar o juiz a uma luta publica em que desenvolvesse qualidades muito differentes d'aquellas que convem ao exercicio de sua profissão. Por occasião da discussão do projecto Berenger que instituia o concurso em França, outros não foram os argumentos contra elle invocados por Marcère Giraud e Gayot. Marcère dizia que não era possivel organisar o programma do concurso e que para elle não havia examinadores; Giraud affirmava que das tres condições necessarias para o bom exercicio das funcções de juiz—sciencia, intelligencia e moralidade—o concurso nenhuma apurava, nem mesmo a sciencia uma vez que somente se apuram a memoria do candidato e os conhecimentos theoricos que armazenou; Gayot não sabe como se ter no concurso o valor relativo do candidato. Outros não foram ainda os argumentos com que os adversarios do projecto Flandin o combateram na mais recente tentativa feita para adoptal-o em França em 1904 com o apoio de juizes como Castillard Berard e Ribot, guardas sellos como Sarrien, Leon Bourgeois e Ricard e autoridades do valor de Picot, Desjardins Feuelleloy.

Para combater esses argumentos muito se tem dito e feito. Na Allemanha, na Austria e na Italia o concurso se faz antes e depois do estagio que se exige para que alguem possa ser nomeado juiz e o ultimo concurso consiste em provas de redacção de sentenças, actos de processo, conclusões e réquisitorios por meio dos quaes é possivel ao magistrado provar que trabalhou utilmente e para apurar o valor do candidato sob o ponto de vista moral organisa-se inquerito que será feito tendo-se em vista o procedimento do candidato nos cargos que tiver anteriormente exercido ou no exercicio da advocacia.

A mesa julgadora do concurso será constituida por membros de tribunaes, advogados e professores de Direito como se dá na Italia e na Allemanha e as materias que o devem constituir são o Direito civil, commercial e o criminal apresentados sob a forma de questões praticas e bem assim questões de processo. Assim organisada a mesa organisadora com pessoal idoneo para ajuizar das qualidades intellectuaes do candidato e versando o exame sobre assumptos praticos de modo a evitar que desenvolvam os candidatos aptidões que não se exige para ser bom juiz, não sendo obrigatoria a nomeação do candidato que nelle tiver feito melhor figura desde que do inquerito sobre as qualidades moraes dos candidatos se conclua não possuir elle esas qualidades respondidas, estão as objecções contra o concurso como meio de poder o governo escolher melhor o juiz do que se dá com a livre escolha.

Se o concurso não é o meio ideal de obter-se um bom pessoal para a magistratura, é elle entretanto o que proporciona ao governo meios de melhor fazer

as nomeações. Se o concurso é imperfeito, dizia Desjardins, nada se acha de melhor, e se por elle, dizia Foucart, é possivel que preferido não seja sempre o mais digno é quasi impossivel que seja um incapaz porque com as instituições actuaes ha tantas probabilidades para o capaz quantas para o incapaz e com o concurso é desde logo excluido o incapaz.

Sob o ponto de vista do desenvolvimento dos estudos juridicos, vantajoso é o concurso. Obriga elle os candidatos ao trabalho, estimula nelles o amor ao estudo e incita-os á necessidade de estudar, abrindo a porta aos sahidos da academia em condições de ser bons juizes, mas que não têm relações e não dispõem da faculdade de conquistar a sympathia do governo.

IV.

Melhor, porém, do que qualquer dos processos lembrados para cercear a acção do governo, preferivel aliás á do sufragio popular, na nomeação dos juizes, será retirar do governo a funcção de nomear juizes, deixando ao proprio poder judiciario a tarefa de escolher os que devem preencher as vagas que nelle occorrerem como poder autonomo e soberano que é. "Aos tribunaes superiores, disse Ruy Barbosa em seu programma de candidato á magistratura suprema do Brasil, é que deve caber não só o processo e suspensão dos magistrados, mas ainda a sua escolha, emancipando-se assim da acção politica a magistratura, como já aliás queria o partido liberal radical em 1869."

As palavras do grande constitucionalista brasileiro justificam o systema por elle proferido. A vantagem da nomeação dos juizes pelo tribunal mais elevado de Justiça é palpavel e não ha como desconhecel-a. Compenetrados do alto dever que lhes incumbe de organisar a sua propria classe, cuja força unica reside no valor e na independencia dos que a compõem, urgidos pela necessidade de apparelhal-a para a lucta que dia por dia tem de sustentar para amparar o Direito perseguido, os juizes do tribunal superior, com o conhecimento que têm das qualidades exigiveis para ser bom juiz e a capacidade para avaliar essas qualidades em cada candidato, estão em condições de fazer nomeações que tornem o poder, que não dispõe da força material, o mais forte e respeitado de todos os poderes.

A nomeação dos juizes pelo proprio poder judiciario dispensa o uso dos recursos que, com o concurso, tendem a habilitar o poder que tem de fazer a escolha dos meios de fazer a melhor nomeação. Nada impediria, porem, que os partidarios extremados do concurso para o tribunal que tem de fazer a nomeação o instituam, organisando esse tribunal o programma do consurso e as mesas examinadoras dos candidatos.

I.

Pergunta a segunda parte da questão como devem ser organisados e quaes as funcções dos tribunaes de primeira instancia. A Justiça na primeira instancia deve ser singular ou collectiva? Deve ser usado na primeira instancia o processo escripto ou o processo oral? As funcções dos tribunaes de primeira instancia quaes devem ser? São as perguntas que devem ser respondidas neste succinto relatorio.

Para responder ás duas primeiras basta transcrever as palavras com que as expoz Ruy Barbosa no memoravel programma já alludido.

Sou pelos tribunaes collectivos, em cuja preferencia devemos assentar definitivamente. A publicidade com que funccionam, a sua deliberação com a assistencia das partes, a formação natural do juizo dos magistrados na assentada com o desdobrar das provas e o correr dos debates, a prolação oral

sob a impressão viva do embate entre as pretenções contendentes na scena do plenario são outros tantos elementos de responsabilidade e moralidade que avantajam o systema.

A elle, porem, se liga essencialmente a abolição do processo escripto a adopção do oral. Os autos devem reduzir-se ás proposições elementares da acção e da defeza. Um registro obrigatorio, instituido especialmente com esse mister, receberia, mediante exaração especial, todas as peças do feito, das quaes, por traslados authenticos, se faria conhecimento simultaneamente aos membros dos tribunaes e aos representantes das partes.

São os lineamentos capitaes do mecanismo, que, nos paizes adiantados em materia de organisação processual, constituem a essencia de um regimen facil, intelligente e seguro. Alguns traços o definem: simplicidade, rapidez, segurança, barateza, honestidade. Adverso á chicana, favoravel ao desenvolvimento das capacidades na advocacia e na magistratura, satisfactorio na garantia dos interesses dos litigantes, acredito que a sua inauguração, reanimando a confiança na Justiça, restituiria a vida ao foro, habituando o Direito a resistir em vez de se entregar, descrente dos tribunaes e desanimado com os vexames do foro.

Os tribunaes collectivos na primeira instancia já deram no Brasil bom resultada, mas funccionando com as formalidades de um processo escripto e com um modo de julgamento muito complicado produziam demora nas decisões da primeira instancia. D'ahi ter o legislador de 1905 restabelecido o julgamento singular de primeira instancia, até no crime.

O eminente magistrado Eneas Galvão, entre outros juizes e advogados, manifestou-se sempre pela justiça collectiva na primeira instancia e justificou com razões fortes a sua opinião, lembrando que em toda parte tem apparecido sempre partidarios da justiça singular, mas que os mais illustres technicos como Picot e Mattirolo têm respondido cabalmente a essas opiniões.

Os argumentos em favor da justiça collectiva na primeira instancia são os mesmos invocados em favor da sua instituição na segunda instancia e não colhe o argumento de que os defeitos do primeiro julgamento se corrigirão no segundo. No crime especialmente immenso é o resultado pratico do julgamento de primeira instancia, uma vez que é commum que, ao ser preferido o julgamento de segunda instancia já foi cumprida a pena imposta pela primeira.

Realmente, diz o Juiz Eneas Galvão incontestaveis são as vantagens do julgamento collectivo não somente pelo estudo apurado a que ficam sujeitas as questões como pela menor probabilidade do exito de influencias deleterias. No julgamento teme-se tanto o erro de Direito como a injustiça e só o julgamento collectivo offerece a respeito garantias. Se quatro olhos veêm mais que dous, é tambem mais facil corromper um individuo do que uma corporação. Quantas difficuldades na applicação da lei encontra o juiz isoladamente e que a simples palestra com os collegas basta para remover.

Na Inglaterra, onde funcciona em muitos casos o juizo singular, tem o juiz singular faculdade de pedir ao presidente de seu tribunal que designe outro juiz que com elle resolva.

Invoca-se a favor do juiz singular que é mais pesada a responsabilidade do juiz quando decide por si só e, assim sendo, maior cuidado dedica elle ás causas nessa hypothese e que quando decide singularmente o juiz tem mais necessidade de estudar a causa do que quando tem de decidir ao lado de outros juizes, principalmente sendo estes mediocres. A esses argumentos responde-se facilmente dizendo que no juizo collectivo ha maior emulação entre os juizes que desejam sobresahir e que só se amesquinham os homens sem valor proprio, ao passo que se avantajam os dotados de talento e de virtudes para os quaes a responsabilidade não diminue pelo facto de se acharem em um tribunal collectivo.

II.

O unico argumento que no Brasil fez com que fosse abolida a justiça collectiva na primeira instancia foi o da necessidade de serem julgadas com rapidez as causas que ainda tinham de ser julgada em grau de recurso. Tal argumento proveio porem, como já foi dito, do erro de ter sido adoptado para julgamento perante o tribunal collectivo o processo escripto em vigor então. O estabelecimento do processo oral, como existe nos mais adiantados paizes do mundo, corrige esse unico defeito apontado contra o juizo collectivo na primeira instancia ao lado das innumeras vantagens que traz e determina a sua adopção na segunda instancia em todas os paizes como provou Souza Bandeira.

Em illustrada conferencia que realisou o douto advogado brasileiro Dr. Carvalho Mourão, provada ficou a excellencia do processo oral sobre o processo escripto, com os exemplos do que se dá na Allemanha, na França, na Austria, na Suissa, na Italia, na Inglaterra, na Belgica, na Hollanda, na Dinamarca, na Suecia, na Noruega e nos Estados Unidos onde funcciona o processo oral com o excellente resultado de trazer com rapidez o julgamento rigoroso das demandas.

O modo porque são tratadas as causas no processo oral é muito simples. Em França, por exemplo, começada a causa pela citação que contem a constituição do *avoué*, o objeto da demanda a indicação do prazo dentro do qual deve o reo comparecer, as copias dos documentos e até da conciliação, seguem-se desde logo a instrucção com o complemento da prova pelos debates durante os quaes o tribunal pode ordenar diligencias se julgar necessario, a troca de conclusões e a apresentação da causa para ser julgada em audiencia. O julgamento se faz de 4 maneiras. Se os juizes se julgam esclarecidos, deliberam em voz baixa na propria sala das audiencias e proferem desde logo a sentença; se o caso exige maior exame e mais calma reflexão suspende-se a audiencia e os juizas vão para uma sala proxima combinar a decisão; podem ainda os juizes adiar o julgamento para outra audiencia afim de melhor examinarem os documentos e a prova; se finalmente a causa parecer de excepcional difficuldade pode o tribunal, alem de adiar o julgamento, podem incumbir um dos seus membros do estudo da questão para apresental-a assim a julgamento.

A exposição succinta do modo porque se prepara a causa para ser julgada e dos diversos modos porque se pode julgal-a justifica as conclusões a que chegou o illustre advogado brasileiro e que se resumem nas seguintes:

(*a*) A deliberação para a sentença é muito mais cautelosa e nunca permitte que o tribunal, a não ser por culpa propria, decida a causa sem estar perfeitamente esclarecido; (*b*) attende á differente complexidade e importancia das causas, prescrevendo para varias hypotheses varios modos de julgamento; (*c*) dispensa os juizes da leitura dos autos e deixa-lhes facilidade de celebrar sessões e julgar todos os dias o tempo para melhor estudo dos progressos da sciencia juridica; (*d*) eleva moral e intellecutalmente a classe dos magistrados e a dos advogados pela ampla publicidade das deliberações e decisões.

O eminente Bluntschli sustenta o processo oral. "O processo oral," diz elle, "prende-se estreitamente ao principio da publicidade, torna as relações entre a parte e o juiz mais directas e mais vivas, contribue para a descoberta da verdade, augmenta a confiança das partes e da á justiça um caracter nacional e popular." A escripta, continua, não é senão a expressão imperfeita de um phenomeno ausente e uma multidão de impressões que ferem a vista ou o ouvido e desapparecem completamente. A letra morta que serve de traço de união entre o juiz e a parte é facilmente mal comprehendida, inexacta, lida com negligencia. A desconfiança do publico nasce logo e a experiencia demonstra que uma habili-

dade de officio, sabia em apparencia, acha na escripta meio de bater moeda e baralhar as cousas a ponto dos juizes se não entenderem mais.

O processo oral, finalmente, conclue, facilita a elucidação dos casos o que é um caracter e uma exigencia da boa justiça.

No projecto de codigo de processo civil brasileiro, em discussão na Camara dos Deputados já foi victoriosa a idea de que na segunda instancia o processo de julgamento será o oral. Dia virá em que os bons resultados deste ensaio parcial levarão o legislador a adoptar o processo oral em todos os tribunaes.

III.

As funcções dos tribunaes de primeira instancia devem ser o processo e julgamento de todas as causas civeis e criminaes. A especialisação das funcções, que é hoje uma idea vencedora, exige, porem, que o tribunal seja dividido em Camaras, discriminando-se completamente o serviço civil do criminal.

É tambem de vantagem que os processos de natureza administrativa corram perante juizes especiaes que deliberarão singularmente sobre os actos exclusivamente dessa natureza com recursos que sejam rapidamente decididos e que se reunirão quando tiverem de decidir questões contenciosas que nelles surgirem.

Perante esses juizes administrativos o processo será organisado de modo que seja rapida a decisão dos incidentes em que intervem, sem formalidades determinadas em lei, o arbitrio do juiz, para derimir questões que não exigem em regra altos conhecimentos juridicos e cuja decisão deve ser prompta.

IV.

Concluindo: 1°. Os Juizes devem ser nomeados pelo mais alto tribunal de justiça da circumscripção onde tiverem de servir, observada a distincção entre justiça federal e local nos paizes onde houver dualidade de justiça.

2°. O concurso não é necessaria garantia da boa nomeação, uma vez que esta seja feita pelo poder judiciario.

3°. O julgamento na primeira instancia deve ser collectivo, observado o processo oral.

4°. Os tribunaes collectivos devem ser divididos em Camaras para que se possa attender á especialisação das funcções de cada uma, julgando uma no civel, outra no crime.

5°. Para as causas administrativas haverá juizes singulares, com recurso para o tribunal de segunda instancia, funccionando esses juizes sem formas preestabelecidas de processo e reunindo-se em tribunal quando no processo administrativo houver questão de natureza contenciosa.

DELICTO JUVENIL.

Por ALFREDO BALTHAZAR DA SILVEIRA,

Socio effectivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.

L'enfant peut faire du mal, mais il ne saurait jamais faire mal.—ROUSSEAU.

La conscience d'un enfant est une cire malléable sur laquelle une main bienfaisante peut effacer l'empreinte du vice.—MARCEL KLEINE.

Rudolf von Thering, aquella privilegiada mentalidade que escreveu a *Lucta pelo Direito,* evangelho sublime que arrebata o coração e convida o homem a meditar sobre o problema social que mais lhe interessa a existencia—a defesa dos seus direitos—robustecendo-lhe as energias enfraquecidas pela ausencia de uma sã educação, ou pela acção dissolvente do meio oude elle se educou e vive; Rudolf von Thering, o pesquisado intelligente e subtil de "*Espirito do Direito Romano,*" observava com indiscutivel autoridade que o Dirieto Penal é o aspecto de direito que reflecte em toda a sua integridade a individualidade do povo, os seus pensamentos, os seus sentimentos, o seu caracter, as suas paixões, o seu gráo de civilização e barbaria, toda a sua alma emfim.

Determinando o grande adiantamento da sociedade que rege, a qual nem sempre que libertar-se de preconceitos, crenças e superstições, só admissiveis quando a vida humana dependia de um gesto do soberano, o Direito Penal é o mais seguro thermometro da cultura de um povo.

Nas epochas de cultura limitada em que predomina a ignorancia do povo para gaudio dos governantes, fecham-se as escolas, sobrecarrega-se o povo de impostos pesadas, asphyxia-se a inicativa privada, e os mais ligeiros delictos são punidos com rigor maximo. Que importa que a constituição politica garanta o direito de propriedade, prohiba a violação de correspondencia epistolar, estabeleça a liberdade de pensamento, equipare os estrangeiros aos nacionaes, negando-lhes apenas o direito de voto, determine positivamente que todos os litigios internacionaes serão dirimidos pelo arbitramento e que o paiz jamais se empenhará em guerra de conquista, se aos delinquentes communs se applica um regimen que, longe de preserval-os da reincidencia, faz nascer nelles um odio implacavel aos poderes constituidos accendendo-lhes no peito o desejo de vingança?

Vinte e cinco annos são decorridos da promulgação do codigo penal brasileiro e, peja-nos dizel-o, até a presente data, ainda se applica o regimen cellular, ainda se tolera a promiscuidade entre os veteranos do crime e os jovens delinquentes, ainda se não cogitou de educar o menor transviado, furtando-o ao convivio dos profissionaes do crime e internando-o em asylos correccionaes. Ah! a promiscuidade das prisões, recreio predilecto daquelles cuja consciencia ja enmudeceu, mas que horroriza os homens honestos que delinquiram sob o imperio de insuperaveis difficuldades, é o caldo em que se retempera a criminalidade, é o factor principal da criminalidade infantil, é o maior obstáculo á readaptação social do recluso, cujo caracter se vae abastardando com as scenas abominaveis que diariamente presencia, com as licções e conselhos que escuta, com os livros licenciosos que despertam os sentidos adormecidos.

E naquelles cerebros enfraqueridos pelas frequentes libações que consomem as energias, as economias e o tempo do homem, pela prejudicial actividade a que se entregam, concertando planos diabolicos e escrevendo mentiras, só fecunda a idea do mal.

E o odio que os criminosos votam a sociedade que os encarcera em cellulas onde o ar e a luz difficilmente penetram, aggravando-lhes a situação precaria com castigos que rivalizam com os supplicios inquisitoriaes, é tão inexoravel que o comparo ao que vencedor de Cannes, jurara, quando creança, aos descendentes de Romulus. E póde-se attribuir ao modo por que se pune o delinquente, victima não poucas vezes dos erros e preconceitos de uma sociedade mal policiada que tortura os criminosos, submettendo-os a longos e penosos interrogatorios que não aproveitam á justiça, o incremento da criminalidade e o aspecto scientifico que ella assume. O egreno da prisão é um ser infeliz a quem tudo se nega, inclusive o direito de trabalhar; perseguidos pelos agentes de policia que além de diffamal-os exigem delles não pequenas sommas, intrigando-os com as autoridades e commerciantes, e repellidos pela sociedade que considera a reeducação do delinquente um devaneio dos escriptores de direito penal, o egreno da prisão não póde escolher outra vida, não póde abandonar a senda do crime, onde elle encontra agazalho e dedicações.

E atormentado contra tamanha iniquidade, revoltado contra a sociedade que festija as damas levianas e os ladrões que vertem casaca e sabem insinuar-se nas altas rodas, punindo o homem que rouba um pão, um casaco velho, e martyrisando a infeliz lourreira, ou ex-detento ou emigrará para terras onde os seus feitos sejam ignorados, ou retornará, então, ao seio dos companheiros do vicio, repetindo a divisa dos naufragos da vida:

"*Una salus victis, nullam sperare salutem.*" E a luta titanica que se observa nos tempos que correm, entre o crime que, desafiando a inercia dos poderes publicos e escarnecendo das leis e regulamentos penaes, atordoa a justiça e a policia, não deixando vestigios que orientem o juiz activo e perspicaz, e a sociedade que procura apparelhar-se para reprimil-o com energia, mas que succumbe, vencida pela imprestabilidade das armas que emprega, é incontestavelmente o grande problema do seculo actual, a maxima preoccupação dos governantes avisados.

Applicando a sua intelligencia ao serviço do mal, e aproveitando-se das conquistas scientificas da epocha, o delinquente hodierno pratica com uma arrogancia que assombra os mais audaciosos furtos, os mais repellentes crimes, certo de que a policia não descobrirá, o seu esconderijo, nem lhe tolherá tampouco os passos nos clubs elegantes e nas ruas de grande movimento.

E, obsedados poi ideias sinistras que lhes estimulam o odio á sociedade em que vivem, elles julgam-se predestinados a corrigir os vicios e injustiças sociaes, assassinando chefes de estado e dynamitando hoteis, theatros, parlamentos e palacetes de abastados.

"*Comme fà ridere la lora credulità!*" Tenue, qual a luz mortiça da lamparina que alumia o estreito cubiculo do condemnado, ha sido o erforço do congresso nacional para debellar a criminalidade primaria, o grande inimigo do nosso seculo, que qual novo Briaren multiplica a sua actividade perversa.

E as vozes de um pugillo de crentes, que ainda sentem o coração palpitar de enthusiasmo pela terra em que nasceram e que guarda os despojos de entes queridos, são abafadas pelos echos ruidosos dos tangos e diversos outros folguedos, apreciados nos tempos do imperio romano.

Si "*le caprice des enfants n'est jamais l'ouvrage de la nature, mais d'une mauvaise discipline*, conforme doutrinava o notavel autor do "Emilio" se o suenor delinquente, oriundo quasi sempre das mais baixas camadas sociaes, é torpemente explorado pelos ladinos mandriões que sabem aproveitar-se da sua ingenuidade e do desleixo social, merece francas censuras a altitude criminosa dos estados que se não preoccupam com tão empolgante problema.

Alimentada pelo pauperismo—reserva da prostituição e da criminalidade—e por outras causas que o indifferentismo social fermenta, a delinquencia juvenil, privando as artes, as industrias e a lavoura de robustos braços, roubando á sociedade seres em cuja vitalidade, ella poderia repousar, esterelizando o sólo que só prosperará com o braço estrangeiro, duplicando as despezas do estado com a captura e sustento dos menores transviados, bem merece ser equiparada aos flagellos sociaes.

Nenhum outro problema social me ha despertado tanto interesse e roubado horas que votara ao recreio, como a delinquencia juvenil que cresce na razão directa do deveavo que entre nós se vota a questões de alta monta social.

Campeão ardente desta benemerita cruzada, que, infelizmente, não tem alcançado dos dirigentes o necessario apoio para triumphar dos desdens e remoques do coheso grupo dos retrogrados, talvez pelo modo por que hão sido dirigidos os esforços dos batalhadores, talvez pelo egoismo pequenino dos que se esquecem completamente daquelles * * * "*dont l'âge de la tendresse ne fut qu'un cercle de douleurs*," tenho combatido sem desfallecimentos nem treguas essa perigosa inercia social.

Não são nada pequenos os estragos que della defluem, entediando o coração da juventude e amortecendo-lhe as ambições, desorganizando o trabalho e nullificando os esforços dos que se não conformam com o veio forçado, a inercia é o esteio dos governos despoticos, o bacillo de um sem numero de males que devastam as sociedades organizadas.

Para evitar-se o desenvolvimento da delinquencia primaria, fôra necessario organizar-se uma cruzada contra a ignorancia em que vivem pessoas relativamente instituidas, acerca dos problemas penaes, exigindo-se dos seus capitães uma tenacidade ferrea, um devotamento em nada inferior ao dos antigos guerreiros, cujas façanhas a historia registra e a literatura commenta e exalta. Si o delicto não é o producto exclusivo da vontade do homem são, mas a consequencia da actuação de diversos factores que operam conjunta ou insoladamente num cerebro deficiente, ou perturbado momentaneamente por circumstancias imperiosas; se a classificação dos criminosos não é um devaneio dos escriptores que procuram propularisar-se, constituindo um dos maiores triumphos da sciencia penal moderna é cercando, portanto, certos delinquentes de algumas garantias, o menor delinquente deve ser estudado á luz dos ensinamentos scientificos e nunca enclausurado em prisões que recolhem criminosos da peior especie. Acceitando a theoria de Ferri, não é delinquente quem o quer ser, estudemos, embora ligeiramente, quaes as causas que alimentam a delinquencia juvenil, aggravando a dolorosa situação do menor abandonado no Rio de Janeiro, cidade onde a infancia desvalida ja vae merecendo carinhos dos corações generosos.

Tão positiva ha sido a demonstração da influencia que a hereditariedade exerce na formação dos seres vivos, que só um espirito teimoso, adduzindo argumentos sediços e avançando proposições que a sciencia vantajosamente destroe, ousará negal-a.

Outr'ora quando não era conhecida a *Eugenia* a sciencia que tem por escopo o estudo dos agentes que possam melhorar ou alterar as qualidades nativas, physicas ou mentaes da raça, segundo a definição de Galton, diversas legislações, prohibiam o casamento entre seres que diversificavam em posição social, em lingua, costumes, residencia, entre os affectados de molestias perigosas; entre proximos parentes; e philosophos emeritos, abandonavam os seus estudos predilectos, durante algumas horas, que consagravam á propaganda de ensinamentos relativos á hygiene conjugal, á educação physica e mental de menores de ambos

os sexos, concitando ao mesmo o estado a promulgar leis que banissem do territorio os descendentes dos criminosos e dos loucos.

A leis da Manou, que ainda hoje constituem um monumento de sabedoria, aconselhavam o Rei a não desposar uma mulher em cuja familia houvessem pessoas que soffressem de epilepsia, dyspepsia, tuberculose, elephantrase e outras molestias contagiosas (111, v. 7). "Une femme met toujours au monde un fils doué des mêmes qualités que celui qui l'a engendré. Les qualités morales se transmettent comme les qualités physiques. Des mariages irréprochables nait une posterité irreprochable; des mariages repréhensibles une posterité méprisable." Pertencem todos os dispositivos acima citados ás leis de Manou—famosa codificação elaborada quatorze seculos antes da nossa era, mas que merece dos estudiosos uma particular admiração já pela poesia que respiram seus textos, já pelo modo intelligente, descontada a cultura de então, com que são punidos os delictos que maiores damnos provocam.

Narra Plutarcho que os spartanos condemnaram o sei Archidamus ao pagamento de uma avultada multa, por que elle desposara uma mulher de pequena estatura e bastante feia, e elles receiavam que ella não concebesse reis mas ratinhos.

Philosophos do quilate de Platão, Socrates, Aristoto, Xenophonte, medicos do valor de Galeno, o grande anatomista da antiguidade, não se cançavam de apontar os incnvenientes de determinadas uniões, sollicitando dos poderes constituidos medidas para reduzir os males dellas decorrentes.

"Il est très important que les enfants soient engendrés de parents sobres et maîtres de leur raison. Par conséquent, il faut pendant le cours de l'année ou même de la vie, mais surtout tandis qu'on est dans le cas d'avoir des enfants, être extrêmement sur ses gardes, et ne rien faire volontairement qui nous expose à la maladie, ou qui tienne du libertinage et de l'injustice, parce que c'est une nécessité que la disposition où l'on se trouve passe et s'imprime dans le corps et dans l'âme des enfants, et qu'ils naissent avec bien plus de défauts."[1]

Aristoto, "l'encyclopédie vivante de l'antiquité, le précepteur de l'esprit humain," Aristoto, o incomparavel mestre de Alexandre, costumava dizer que "l'enfant que la femme porte dans son sein participe aux impulsions morales de la mère, comme les fruits de la terre participent aux qualités du sol qui les nourrit."[2] "Les puissances de l'âme suivent les tempéraments du corps * * *. L'essence de l'âme est le résultat du tempérament du corps. Les hommes ne naissent ni tous amis ni tous ennemies de la justice, les bons et les mauvais étant tels qui sont, à cause du temperament du corps." Esses aphorismos que a sciencia moderna perfilhou, escreveu-os o grande Galeno, o medico desvellado de Marco Aurelio, Commodo e Verus, o medico caridoso que, momentos antes de morrer, receitara aos pobres que o procuravam, confiantes nas suas luzes e na sua bondade jamais excedida.

Tambem em Roma, vultos de grande notoriedade, dedicaram-se áquelles estudos, receiosos de que a população se enfraquecesse, excitando o appetite das nações bellicosas.

A lei das Doze Taboas não permittia o casamento entre patricios e plebeus, por temer, talvez, que as más qualidades do inferior preponderassem na creança oriunda de taes uniões.

Mais tarde, porém, aquella resolução foi revogada por proposta do tribuno Canuleius no anno 309. Convem, entretanto, salientar que as diversas leis que

[1] Platão, Lois VI.
[2] Aristoto, Politique, I–VII.

regulamentavan o casamento em Roma eram promulgadas consoante os interesses politicos da epocha.

Póde-se dizer que o aperfeiçoamento da raça era preterido pelas conveniencias das facções que disputavam o governo.

Nem sempre os criminosos que maior renome alcançam, já pela audacia com que praticam os crimes, que parecem frutos de madura reflexão, já pelo cynismo doentio que apparentam, já pelas idéas arrojadas que defendem com calor, já pela hediondez dos seus feitos, são descendentes de homens de costumes dissolutos, nem de reconhecida perversidade. A historia fornece-nos diversos exemplos de homens corruptos, que nascidos de paes honestos, se immortalizaram tristemente.

Tão indignos eram os filhos de Sophocles e Socrates, que um consciencioso alienista francez, analysando-lhe os feitos, considerou-os "*plus vils que la pituite.*"

Conmodo era filho de Marco Aurelio. Ulysses e Esculapius, ambos notaveis na profissão que escolheram e cujos serviços prestados a historia assignala, eram fillos de homens libertinos e de mulheres que não sabiam negar favores.

Mas, si investigarmos com paciencia benedictina a ascendencia de diversos delinquentes que, contrariados, abandonam a penitenciaria, experimentando, entretanto, uma viva alegria quando praticam novos delictos, seremos forçados a considerar axiomaticas as phrases que Plutarcho escreveu numa epocha em que se arrancavam confissões e depoimentos na sala de torturas, infligindo-se aos homens maus—qualificativo a que faziam jus os criminosos de qualquer especie—os maiores tormentos que a imaginação podia conceber. "Les verrues, les tâches et les autres marques qui sont sur le corps des pères, ne se communiquent point aux enfants et reparaissent ensuite sur les petits-fils, Ainsi les affections et les qualités de l'âme, souvent cachées et comme ensevelies pendant ces premières générations, se reproduisent dans des rejetons postérieurs, et la nature se développe peu à peu leur ressemblance dans le vice ou dans la vertu avec la tige d'où ils sont sortis." Estudando a influencia hereditaria sobre 104 delinquentes, Lombroso obteve as seguintes resultados, conformados por observações posteriores de clinicos competentes: 71 apresentavam phenomenos hereditarios; 20 eram filhos de pae alcoolico; 11 eram filhos de mãe alcoolica; 8 eram filhos de delinquente; 2 eram filhos de mãe criminosa; 3 eram filhos de pae epileptico; 5 eram filhos de mãe epileptica; 3 eram filhos de prostituta inscripta; 6 tinham irmãos loucos; 10 tinham irmãos criminosos; 4 tinham irmãos epilepticos; 2 tinham irmãos suicidas; 10 tinham irmãs prostitutas.

Raux, director da circumscripção penitenciaria do Rheno, examinando os dossiers de diversos menores delinquentes, que se achavam recolhidos á casa de detenção de Lyão, obteve os seguintes esclarecimentos sobre 356 familias daquelles menores.

Paes condemnados.

Paes	22
Mães	9
Pae e mãe	11
	42
Paes de má reputação	49
Paes de reputação suspeita	138
Paes de boa reputação	128

Laurent (Les habitués des prisons) citado por Lombroso[1] affirma que conheceu uma familia de criminosos natos, robustecendo a sua narrativa com esclarecimentos que colheu em fontes autorizadas e que fortalecem as opiniões brilhantemente sustentadas por Lombroso, Aubry, Marro e outros penalogos notaveis. "Mais la preuve la plus frappante de l'hérédité du crime et de ses rapports avec les maladies mentales et avec la prostitution nous est fournie," escreveu Lombroso, "par la belle étude qui vient faire Dugdale sur la famille Yuke, dont le nom est devenu en Amérique synonime du criminel."

Os lierchi eram criminosos natos; Marianna, a famosa e astuta cumplice do celebre bando Chilbert, era filha de Lempave, celebre ladra, e de Contois, que havia sido cinco vezes condemnado por crime de furto!

Para attenuar os males que decorrem da hereditariadade, propomos as seguintes medidas, algumas das quaes já foram adoptadas em paizes de adiantamento real:

(*a*) Evitar, tanto quanto permittam as leis, os costumes e as tradições sociaes, a propagação da especie entre os delinquentes incorrigiveis;

(*b*) Prohibir o casamento entre os degenerados, principalmente entre os epilepticos, e entre as pessoas atacadas de molestias perigosas, taes a tuberculose, a syphilis, o cancro e outras que a therapeutica não conseguiu ainda anniquilar o seu nocivo contagio;

(*c*) Prophylaxia da syphilis e das molestias venereas que arruinam o organismo do individuo onde foi semeado o seu germen destruidor;

(*d*) Combater sem esmorecimentos o alcoolismo—triumpho constante da morte sobre a vida, do tumulo sobre o berço da desordem sobre a harmonia, do embrutecimento sobre a lucidez, da bestialização humana sobre a perfectibilidade moral (Sylvio de Lores).

Os exemplos de herança criminal, constatados nas observações de escriptores de reconhecida autoridade, e que transcrevemos acima, dispensam-nos de qualquer explicação ou commentario.

Partidario intransigente da prophylaxia da syphilis e dar molestias venereas, por conhecermos os seus excellentes resultados, temos defendido tão necessaria medida de incontestavel utilidade social em artigos de jornaes e revistas e num folheto recentemente publicado.

Depois dos brilhantes estudos do eminente professor Fournier, o benemerito fundador da "liga de prophylaxia sanitaria e moral," não mais é licito discutir sobre a herança syphilitica.

E o Dr. Moncorvo Filho, o caridoso director fundador do Instituto de Protecção e Assistencia á Infancia, o illustrado pediatra brasileiro, affirma que a palavra "syphillis" significa molestia que se transmitte de paes a filhos.

As quotidianas observações nas enfermarias dos melhores hospitaes de Paris, as repetidas analyses na solidão abençoada dos laboratorios, a perseverança e o denodo com que tem agitado tão importante questão social, só abandonada nos meios ignorantes, levaram o illustre e caritativo professor Fournier a affirmar que cinco são os modos por que se opera a phenomeno da hereditariedade syphilitica: (1°) Accidentes da syphilis propriamente ditos; (2°) cachexia terminando, de qualquer modo, por uma incapacidade completa; (3°) perturbações dystrophicas geraes ou parciaes; (4°) disformidades congenitas; (5°) predisposições morbidas.

Embora tenham sido frustradas, é o illustrado Dr. Moncorvo filho quem falla, as tentativas de grande numero de pesquizadores que pretenderam isolar o germen da syphilis, pode-se perfeitamente demonstrar pelos minuciosos estudos clinicos de Kassowitz, Diday, Neumann, Finger, e sobretudo Fournier,

[1] Le crime; causes et remèdes.

os differentes modos de transmissão hereditaria da infecção luetica, restando-nos, hoje, poucos pontos a elucidar.

Que se não considere exaggerada vaidade, a transcripção das linhas que escrevemos sobre o palpitante problema da prophylaxia da syphilis e das molestias venereas:

Prego e defendo a prophylaxia da syphilis e das molestias venereas em nome do Direito que não admitte que um homem ou uma mulher transmitta impunemente a um seu semelhante o *virus* de um *morbus* que lhe dissipará as energias; em nome da moral social que condemna essa exaggerada liberdade de damnificar a saude de outrem, sob o futil pretexto de que a prophylaxia daquellas molestias importa em reconhecer a prostituição como uma profissão; em nome da medicina que deve assegurar ao homens os meios de se liviar de molestias que, atalhadas em tempo, liviarão o individuo de amargos padecimentos.

Não me faço partidario de medidas coercivas que tyrannisem a mulher que, arrastada pela miseria que lhe sacrificou a honra, ou ferida pelo aguilhão da vaidade, é merecedora daquella piedade que a adultera inspirou ao Divino Nazareno, quando perseguida e apupada por uma multidão de invejosos e despeitados * * *; quero prevenir o futuro de especie humana, aperfeiçoando-a com os recursos que a sciencia nos proporciona.

Não nos é licito silenciar sobre a herança epileptica, verificada por conceituados clinicos, que hão publicado innumeras observações.

O Rio de Janeiro é uma cidade onde o commercio de bebidas alcoolicas, a despeito dos impostos que o oneram, proporciona incalculaveis vantagens.

Essa terrivel praga social que provoca as mais graves desordens organicas, e cujos desastrosos effeitos se prolongam do bisavô ao bisneto; esse elemento desorganizador de lares onde reinavam a harmonia e a felicidade; esse vicio que faz o homem esquecer as obrigações que as leis lhe impõem, frequentando as mais sordidas tavernas, dissipando os ultimos vintens que a esposa dedicada economisara, e abandonando-a aos vaivens da sorte ingrata, esse inimigo implacavel do homem que o arruina physica e moralmente, ennegrecendo-lhe a existencia, é indiscutivelmente uma dos maiores calamidades que assolam as sociedades organizadas.

Combater o alcoolismo, fundando asylos que recolham os bebedores inveterados, duplicando os impostos a que estiverem sujeitas as casas que explorarem aquelle ramo de negocio; estatuindo multas para os botequineiros que commerciarem com menores ou pessoas que já estiverem embriagadas, equivale a diminuir de um modo sensivel, uma quantidade enorme de males que obrigam os estados a consideraveis despesas.

Examinando um grupo de 764 descendentes de incorrigiveis alcoolatras, o Dr. Legrain, chefe de clinica medica de um dos asylos do Sena, alcançou os seguintes dados: 322 eram degenerados de diversas especias; 131 eram epilepticos; 150 estavam recolhidos aos asylos de alienados; 161 eram delinquentes.

São por demais conhecidas as experiencias realizadas com grande successo por Mairet e Conbemale, que submettendo algumas cadellas á intoxicação alcoolica, aguda ou chronica, verificaram os seguintes phenomenos nos cãesinhos que ellas concebiam: accessos de epilepsia e atrophia de diversos orgãos.

O alcool que Legrain denominou veneno ethnico não inficciona sómente o infeliz operario que só se embriaga quando está desempregado, ou quando desgostos acerbos lhe pungem o coração; elle inutiliza robustas intelligencias que a natureza destinára ás elevadas posições, arruina a bolsa do abastado, destroe os mais esperançosos consorcios, enlutando lares a tugurios outr'ora felizes.

Fôra rematada leviandade considerar a hereditariedade a causa primordial do delicto juvenil; pensamos antes que os factores sociaes são os que mais con-

tribuem para a crescimento deste mal universal que alarma e entristece os espiritos generosos.

As difficuldades da vida moderna que abrigam o pae e a mãe a ausentar-se do lar durante algumas horas do dia, deixando abandonados os filhos menores, pois, são poucas as creches que a iniciativa privada sustenta; o desleixo de estado que não providencia sobre a condição de menores explorados por paes desalmados ou por individuos astutos que os obrigam a mendigar; a faltar de escolas correccionaes que ministrem uma instrucção que ampare a creança dos golpes da adversidade, desenvolvendo-lhe as energias civicas; a intimação de menores que praticam ligeiras contravenções nas casas de detenção, onde aguardam julgamento e indevidamente cumprem sentença os mais perigosos delinquentes; o julgamento de menores por juizes habituados a condemnar indistinctamente os que delinquém, sem indagar, comtudo, dos antecedentes do réo, do meio em que vive, da conducta dos progenitores, a imperdoavel indifferença do estado que ainda não instituiu os tribunaes para os menores delinquentes, embora não desconheça os magnificos resultados alcançados pelos paizes que os adoptaram, enthusiasmados com aquella grandiosa invenção norte-americana, a não intervenção policial nas hospedarias e casas de tolerancia, onde se trafica com a honra de menores, não poucas vezes immoladas em proveito das desnaturadas mães a tutoras libertinas; a jogatina desenfreada que inutiliza homens e creanças, ambiciosos de avultados lucros; a permanencia de menores em estalagens que a policia deveria fiscalizar com rigor, taes as scenas de licenciosidade romana a que ellas assistem com a curiosidade propria de idade; a não execução do regulamento do patronato dos liberados ou egressos definitivos da prisão, os quaes não podem arranjar qualquer collocação, pois, o anathema social não os abandona; e outras que nã escapam á perspicacia dos estudiosos, são, no nosso desautorizado entender, as causas que directamente concorren para o crescimento espantoso da criminalidade infantil, observado mesmo nos paizes, onde a infancia desamparada, é merecedora da piedade dos legisladores experientes e dos affagos dos espiritos que o indifferentismo não petrificou. Conta-se que o duque de Wellington, acompanhado do grande Robert Peel, visitando uma escola secundaria dos arredores de Londres, tão enthusiasmado ficou com os methodos pedagogicos nella observados, que, num arroubo de contentamento, exclamou: "foi se desenvolvendo nos campos de Eton que a mocidade ingleza adestrou-se no manejo das armas e poude cortar os altaneiros vôos da soberba aguia, naquella ennevoada tarde de junho de 1815."

As eloquentes palavras do valente general inglez, que mereceu dos seus contemporaneos o cognome de *duque de ferro*, tal a inflexibilidade do seu caracter, exprimiam o seu aborrecimento pelas nações que não instituem estabelecimentos adequados á educação das creanças, limitando-se apenas a abrir escolas, cujos detestaveis programmas de ensino entorpecem a intelligencia da creança.

Nada mais absurdo, nada mais desfavoravel ao desenvolvimento intellectual da creança, credora dos zelos das nações bem administradas, que os methodes de ensino applicados nas escolas do Districto Federal, onde já exerci o magisterio num estabelecimento reconhecido de utilidade publica.

Longe de ministrar ao menor uma instrucção pratica, avigorando-lhe, outrosim, o caracter com a narração criteriosa dos feitos dos nossos antepassados, as differentes reformas de ensino promulgadas desde o advento da Republica até os dias que correm, não cogitaram da creação de escolas para os menores retardados, que tão animadores resultados hão produzido em diversos paizes da Europa e nos Estados Unidos da America do Norte; não simplificaram os conhecimentos geraes que se deve ensinar ao menor cujo desenvolvimento physico lhe permitte frequentar escolas; não se preoccuparam com a saude da moral

que ha sido descurada de um modo, por certo, lamentavel; serviram sómente para collocar amigos e enmuducer adversarios.

E, dominados por uma vaidade morbida, certos professores que conseguiram a cathedra em retribuição dos serviços gratuitos que prestaram aos paredros da situação, elaboram programmas difficeis, transformando a cathedra em tribuna de conferencias. Pouco lhes importa o saber que os alumnos não comprenderam a lição.

A creança que se vae matricular na escola primaria não é rigorosamente examinada por competente especialista; tampouco se indaga da sua ascendencia, dos vicios e virtudes dos progenitores e do meio em que elles vivem.

Matriculada dest'arte na escola que distribue uma demasiada instrucção, a creança sadia poderá, ao terminar os estudos, resolver alguns calculos arithmeticos, traduzir alguns autores francezes, saber de cor algumas capitaes dos paizes europeus e americanos, mas será incapaz de transmittir a outrem os limitados conhecimentos que a sua imaginação, excessivamente fatigada, houver conservado.

Do retardado mental nem fallemos; não podendo perceber as explicações dos professores e tornando-se, portanto, um bahú de notas más, de reprimendas, elle será ridicularizado por mestres e condiscipulos e abandonará, entristecido, a escola, que deveria aguçar-lhe a intelligencia, apparelhando-o para os embates da vida, enrijando-lhe as fibras d'alma, mas, que por um contraste doloroso, aggravou a sua lamentavel situação social.

E o que deverá elle fazer para não ser enxotado dos portões dos ricaços, para evitar os maus tratos do policial grosseiro, para não soffrer algumas horas de detenção nas delegacias, para não ser aproveitado em empregos avitantes, si a sociedade lhe não proporcionou uma instrucção conveniente ao seu estado psychico?

A estrada do crime sedulo, e elle cuja pequenhez intellectual lhe não permitte raciocinar com proveito, acreditará nas narrativas e aventuras de delinquentes imaginosos, inventadas exclusivamente para seduzir os incautos e os debeis.

Cedo, porém, se desvanecerá a sua illusão.

O exame mental nas creanças que desejarem matricular-se em qualquer escola, ou pretenderem um lugar nos recolhimenos de orphãos, e severas pesquizas sobre a conducta dos seus genitores, evitarão aos infelizes retardados amargas decepções, reduzindo tambem a delinquencia juvenil.

O doutor Colombier publicou em 1912 um pequeno volume, que rapidamente se esgotou, contendo o resultado das suas observações clinicas na *Maison de Préservation de Cardillac.*

Das 192 jovens criminosas que elle minuciosamente examinou, apenas 22 eram de intelligencia sadia e sabiam conversar com certa vivacidade; 170 eram anormaes e já haviam sido anteriormente condemnadas por pequenos delictos.

Poude ainda o illustre clinico constatar nas anormaes a influencia nefasta do alcoolismo.

Affirma Monkemoller que inspeccionando um estabelecimento correccional de Lichtenberg, no qual se achavam internados duzentos jovens do sexo masculino, verificou que apenas 73 eram intelligentes, 10 soffriam de frequentes ataques de epilepsia, os demais inspiravam piedade a quem os observasse.

Schutz, numa das suas excellentes obras, narra, num estylo colorido, a historia de um infeliz rapaz de 23 annos, que, antes de completar desoito annos, fôra cinco vezes condemnado á prisão por pequenos roubos domesticos, offensas physicas leves, abuso de bebidas alcoolicas.

Durante o tempo em que servia nos quarteis, fazendo o serviço militar obrigatorio, a sua conducta era a peior possivel, basta dizer que a sua caderneta accusava mais de vinte prisões por indisciplina.

Nenhum commandante admittia-o no seu batalhão; longe, porém, de inquietar-se com o tratamento que lhe dispensavam officiaes e praças, elle não se alterava.

Entretanto, elle era considerado um rapaz equilibrado; submettido mais tarde a um severo exame, verificou-se que elle era um incapaz. E Schutz confirmou o diagnostico dos facultativos que o examinaram então.

O actual director da instrucção publica municipal, num substancioso relatorio que apresentou ao prefeito do Districto Federal, preconisou com enthusiasmo a creação de escolas para os anormaes, já adoptadas com inegavel exito em paizes que se não descuram de velar pelos desherdados da fortuna.

Esperemos, portanto, pela sua promessa e façamas ardentes votos para que ella não seja apenas adorno de mensagens officiaes.

Além das escolas para os anormaes de intelligencia, é necessario, consoante o voto unanime do congresso penitenciario de Budapesth, organizar asylos de observação para os jovens delinquentes, creanças viciadas e moralmente abandonadas, nos quaes se lhes ministre uma instrucção compativel com a sua aptidão intellectual, incutindo-se-lhes no espirito a idea de que o trabalho não é uma pena, mas um exercicio necessario as nosso equilibrio organico, um agradavel recreio que nos distrae o espirito e nos poupa não pequenas contrariedades.

Assim, prejudicadas pela desidia paterna e pela negligencia social que as não affastou da nociva companhia de gananciosos e despreziveis individuos, não merecedores da estima publica, as creanças não adquiriade habitos perniciosos, amizades nefastas, até serem envolvidas num crime qualquer e enclausuradas no prisão commum.

Para corrigir os males que defluem da incuria paterna, diversas nações cultas que hão empregado as suas melhores energias para enfraquecer tão implacavel inimigo, modificaram sensivelmente os casos de destituição e suspensão do patrio poder a mais humilhante pena que se pode impor ao homem que ainda conserva vislumbres de dignidade. Não é pequena a cifra de paes de costumes dissolutos e mães que não sabem compreender a grandeza da missão que a natureza lhes delegou; explorando vilmente os filhos, obrigando-as a mendigar, empregando-os em casas onde o vicio campea impunemente, levando-os em sua companhia a lugares suspeitos, fazendo-os espectadores de scenas que lhes perturbam a imaginação, ás vezes enfermiça, ou expulsando-os do lar, quando elles lhes não satisfazem os caprichos, aquelles seres inferiores ainda se ufanam das proezas que praticam, rindo-se do estado que os não responsabiliza devidamente.

Não é acertado consentir que tão indignos genitores retenham em seu viciado convivio os filhos menores, salvo si a sociedade atravessar uma epocha em que a altivez de um Paetus Thraseas seja punida, premiando-se, entretanto os delatores e os condescendentes.

A modificação do instituto juridico de patrio poder, sobre ser uma das mais bellas conquistas da moderna idade, é indiscutivelmente uma das mais efficazes medidas de que se tem soccorrido varias nações para combater a criminalidade primaria. Tão animadores hão sido os fructos colhidos pelos differentes paizes que, desejosos de assegurar o bem estar social, amenisando, outrosim, a dolorosa condição de menores que a natureza maltratou, instituiram tribunaes para julgar os delictos dos menores, que me limito a invocar a valioso testemunho das criteriosas estatisticas, pacientemente organizadas por espiritos enaltecidos. Maravilhosos são os resultados obtidos em diversos estados da grande União Americana que organizaram os tribunaes para menores.

Da estatistica organizada pelo secretario do tribunal da cidade, de Indianapolis, Estados Unidos, (1904) verifica-se: numero de menores julgados, 680; numero de reincidentes, 110; postos em liberdade vigiada, 250; internados na casa de correcção, 216; moralmente abandonados, 90. Das 250 creanças que foram postas em liberdade vigiada apenas 6 reincidiram.

Tribunal de Salt-Lake-City, Estados Unidos (16 de Março de 1905). No periodo que decorreu entre 12 de Abril e 1° de Dezembro de 1905 compareceram perante aquelle tribunal 296 menores que alcançaram a liberdade vigiada; 43 foram absolvidos após algumas semanas de observação; 22 que não conseguiram a liberdade vigiada foram internados no asylo profissional.

Os cumplices adultos foram assim condemnados: 8 por terem vendido alcool a menores; 10 por terem vendido tabaco a menores; 1 por ter comprado objectos roubados; 7 paes negligentes foram condemnados á prisão com *sursis;* os demais tiveram de pagar 1,280 francos de multa.

O presidente do tribunal de Denver, Estados Unidos, cujos dotes de coração todos proclaman, tem conseguido verdadeiros milagres; basta dizer que, nestes ultimos quatro annos, o numero de reincidentes diminuiu consideravelmente naquella cidade.

Affirma Clement Griffe, juiz supplente do tribunal de Toulon, França, "que la proportion des enfants récidivistes est passée de 50 pour cent à 5 pour cent."

Em 1906 o tribunal de Birmingham, Inglaterra, que foi a primeira cidade onde funccionou aquella excellente machina forense, julgou 687 creanças das quaes somente 15 reincidiram; no anno seguinte o tribunal de Liverpool condemnou 146 menores a liberdade vigiada; pois bem, apenas 9 portaram-se mal.

Antes da installação daquelles tribunaes na cidade de Birmingham, o numero de rapazes (menores de 16 annos) condemnados á prisão elevou-se em 1904 a 204; depois que começaram a funccionar, apenas 72 soffreram aquella pena; em 1906 não houve uma unica condemnação de um menor de 16 annos.

Sanrat-Bey, que exerceu durante alguns annos o cargo de presidente do tribunal de menores no Cairo, escrevendo um consciencioso relatorio sobre as incalculaveis vantagens da imperecivel creação norte-americana, notava uma sensivel diminuição da criminalidade juvenil, depois de 1906, epocha em que as cidades do Cairo e Alexandria, fingindo não escutar a opposição dos retineiros, installaram aquelles tribunaes.

Identicos resultados alcançaram a França, a Belgica, a Suissa, a Italia, a Hungria e a Allemanha, cujos annuarios de estatistica criminal, elaborados por profissionaes competentes, demostram quão uteis á tranquillidade social hão sido aquelles magnificos apparelhos judiciarios, que desejaramos ver vulgarizados no nosso amado Brasil.

Agora os que não estudam direito penal, nem conhecem as grandes conquistas da pedagogia moderna, cingindo-se exclusivamente a recommendar a multiplicação de escolas primarias, sem indicar os melhores methodos que as devem reger; os que ainda presos a preconceitos entendem que a pena deve ser cruel para torturar os delinquentes e intimidar os homens maus; os que consideram sonhadores aos que, desejosos de ver a sua patria forte e liberta de males que desvirilisam as nacionalidades, se não cançam de sollicitar dos poderes publicos a promulgação de medidas que possam modificar o caracter do homem, amparar a creança desvalida e proteger a mulher contra possiveis explorações, nada fazendo, entretanto, em proveito da sociedade em que vivem, que continuem a frecharnos com remoques e ironias, que jamais destruirão a nossa argumentação, nem tampouco enfraquecerão as nossas esperanças.

Finalizando este modesto estudo, escripto sómente para corresponder ao honroso convite que nos dirigiu o Dr. Glen Levin Swiggett, eminente secretario

do Segundo Congresso Scientifico Pan-Americano, solicitamos dos nossos jovens compatriotas o seu valioso auxilio para o triumpho desta santa cruzada á protecção da infancia abandonada.

E, si conseguirmos ver realizado este sonho que a nossa mente acaricia, experimentaremos um prazer indefinivel, por isso que a nossa victoria será mais brilhante que as que alcançam os valentes generaes; e a victoria da razão sobre os preconceitos, é a victoria do pensamento sobre a ignorancia.

The CHAIRMAN. This concludes the papers to be read this afternoon.

There remains unfinished business from the discussion of this morning. Gov. Baldwin has, in accordance with that discussion, prepared a resolution to be presented to us at this time, and I think we should take that up now.

Gov. BALDWIN. Mr. Chairman, the gentlemen who were present this morning may recollect that a suggestion was made that the attention of the Carnegie endowment should be called to the work of the Comparative Law Bureau of the American Bar Association, with a general expression of approbation of what that bureau is doing in bringing comparative law more fully before the American lawyer, both in North America and in South America, for in both continents the publications of the Comparative Law Bureau have a considerable circulation. Each subsection has its committee, and from the committee of this subsection this minute is reported:

The standing committee of the subsection on jurisprudence, having reference to the discussions before it of the topic of comparative law, and recognizing its great importance in contributing to bringing nations into closer relation and preventing misunderstanding between them, recommends to the Section the adoption of the following minute and resolution:

Upon the initiative of the subsection on jurisprudence, Section VI, desires to attest the recognition of the valuable work in the field of comparative law thus far done by the Bureau of Comparative Law of the American Bar Association. Its publications have annually brought before 10,000 American lawyers and a considerable number of foreigners, both juris-consults and publicists, important steps taken in the various countries of the world to develop their national legislation. The section views the work of the bureau as tending directly and distinctly to bring the nations of the world to a better understanding of each other and thus promote the cause of international friendliness and peace. It therefore ventures to suggest to the general committee that an overture might properly be presented by the Pan-American Scientific Congress to the Carnegie Endowment for International Peace, suggesting the consideration of the advisability of making an annual subvention to the Bureau of Comparative Law in order to extend and advance its work.

Mr. Chairman. I move that that minute be recommended by the subsection to the Section.

Mr. GEORGE H. BOKE. I second the motion.

The CHAIRMAN. The question is on agreeing to the motion made by Gov. Baldwin.

The motion was agreed to unanimously.

The CHAIRMAN. We have now reached the point where we should discuss the papers read this afternoon. A few comments have come to my mind as the papers were read, and I mention one of them now in the hope that you may be reminded by what I say of something you can say better.

I must say, gentlemen, that I entirely disapprove the suggestion by Prof. Wigmore that by a constitutional amendment or otherwise we should bring our individual States into any relation whatsoever with foreign countries. Of course he is right in saying that it is impossible with our present arrangements to bring to pass uniform laws throughout the United States simply by virtue of a treaty made by the National Government. That is true and perhaps unfortunate, but it would be infinitely worse to let our individual States enter into relations with foreign Governments, with the result, for aught I know, that one State would have something like commercial alliance with one foreign country and another State with another foreign country. There is a sufficient difference of opinion now, and the foreigners, both here and abroad, already have quite enough to say regarding American institutions; and although I should like to have something approaching similarity throughout the world, there are some places to draw the line, and I believe this to be one of them.

Mr. BOKE. I came here directly from a meeting of the Association of American Law Schools, and at that meeting the president in his report suggested that there be established a juristic school, or we may say, a center—he used the word—for the study of jurisprudence. As a result of that recommendation the association appointed a committee to report back a plan for a juristic school and a recommendation whether the school should be separate from any existing law school.

Mr. BORCHARD. The idea itself is a magnificent one. It is so large that it is hard to grasp it in one sitting. To have this subject even discussed is of some value, even if we can not get prompt action upon it.

The CHAIRMAN. Gov. Baldwin's motion to-day had to do principally with the peculiar subject matter of this subsection. It had to do with private law rather than international or constitutional law. We had to refer that motion to the general section, but we referred it with our recommendation, because it apparently had to do principally with what arises out of the peculiar business of this subsection. From the little that Dr. Borchard has said, I could not help asking whether we can go further than to refer this present topic to the general section, for the reason that obviously this scheme has not to do with private law exclusively, nor even principally. It has to do very largely with international law and with constitutional law. I am wondering, without having at all made up my own mind, whether

we can go further than to refer the present proposition to the general section for its own discussion in the light of international and constitutional and ordinary legal problems.

Mr. EDER. I move that it be so referred.

Gov. BALDWIN. I second the motion.

Mr. THOMPSON. Mr. Chairman, may I make one suggestion in line with what Dr. Borchard has said? I think this plan would probably obtain more sympathy if it were confined to the Pan American States as being a purely Pan American institution at present, with the possibility of embracing European countries later on. I suggest that it be confined at first to the Pan American States.

The CHAIRMAN. I think that was really Dr. Boke's idea.

Mr. BOKE. Yes.

The CHAIRMAN. Then if the Chair may be permitted, he will state that it is moved that we refer to the general section VI, without recommendation, a suggestion for establishing somewhere in the Americas an international university, or a system of international universities, devoted to the study of law, social polity, trade, and other matters of international character. The question is on agreeing to that motion.

The question was taken and the motion was unanimously agreed to.

Gov. BALDWIN. Mr. Chairman, I would like to say one word of protest. There were two papers to-day, excellent discussions of the subject, in which the statement was made that the American judge was not looking for principle, that he was looking for precedents, and that the American lawyer is out of place when he spreads before this supposed judge a logical argument; that what he wanted was to go out and find a case on all fours with his case, and the thing was done. I have had a great deal of experience at the bar and a good deal on the bench. I did some work in professional practice in four States, and I was for 17 years on the bench afterwards. I know that as a lawyer I always tried to state the case on principle, and that as a judge I always tried to decide it on principle. That was the foundation on which the structure was reared. I was not alone. According to my experience, that was the general treatment which a case received from the judiciary of Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, and New York. I never practiced in the Western States or in the Southern States, nor in South America, but I question very much the statement that the ordinary judge in America is looking for precedents more than for principle.

The CHAIRMAN. Is there any further discussion? If not, this concludes the sessions of this subsection, and the subsection stands adjourned.

Thereupon, at 5 o'clock, the subsection adjourned.

GENERAL SESSION OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Wednesday morning, January 5, 1916.

Chairman, CHARLES NOBLE GREGORY.

PAN AMERICAN CONFERENCE.

General Topic: Pan American Theme, Are there specific American problems of international law?

The session was called to order by the chairman at 10 o'clock.

The CHAIRMAN. Gentlemen of the congress, ladies and gentlemen, the further session of the conference upon international law is now open, and the chair has pleasure in calling attention to the topic which will be first discussed, How can the people of the American countries best be impressed with the duties and responsibilities of the States in international law? Before taking up the topic the chair desires to say that he has been instructed by the executive committee to receive at the end of the meeting any resolutions that may be offered, and he is further instructed to transmit those resolutions to the executive committee for such action as it may see fit to take. The chair has great pleasure and honor in calling upon His Excellency Señor Dr. Juan de Dios Garcia Kohly, envoy extraordinary and minister plenipotentiary of Cuba to the Netherlands, and also member of the permanent board of arbitration at The Hague, lately at the head of the civil service commission in Cuba, who will address you.

¿CÓMO PUEDE PERSUADIRSE MEJOR A LOS PUEBLOS DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA, DE LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL?

Por JUAN DE DIOS GARCÍA KOHLY,

Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Cuba en Holanda.

En los países americanos organizados todos sobre la base democrática y en que por consiguiente es el pueblo quien asume y ejercita la soberanía nacional, es de la más alta importancia poner a todos y a cada de sus elementos componentes en condiciones de afrontar de manera consciente los problemas que entrañan deberes y responsabilidades para el Estado.

En ellos, sus gobiernos—tomada esta palabra en su sentido más amplio o sea comprendiendo al poder ejecutivo y legislativo—tienen como primordial misión

la de difundir entre las distintas capas sociales el conocimiento de los actos y vínculos de relación con los otros países a fin de señalar en cada caso las reglas de conducta que deben observarse, tanto en orden al fácil y normal funcionamiento de esas relaciones, cuanto a evitar que se produzcan fricciones que pudieran entorpecerlas.

A ese objeto se hace indispensable poner a contribución varios medios, no nuevos por cierto pero de seguro éxito, si en su planteamiento y desarrollo se observa un discreto criterio de unidad en la tendencia.

Pudiera con más exactitud decirse que esos medios en apariencia varios se reducen a uno solo, complejo en sus formas y modalidades.

Desde la escuela elemental en que se inician los rudimentos de la cultura cívica del incipiente ciudadano, sea varón, sea mujer, debe junto a la noción del Estado político en su composición y funcionamiento interior descorrerse el velo de las relaciones que ese Estado sostiene con los otros países y como debe ese Estado y sus ciudadanos comportarse con los de aquéllos y éstos con los de él.

En todos los sistemas educativos modernos figura como una disciplina forzosa de la enseñanza el estudio del civismo que consagra el sentimiento nacional y precisa el concepto del Estado como entidad jurídico-política en su doble aspecto interior y exterior.

El primer aspecto no interesa de una manera inmediata a nuestro tema, pero es la base necesaria para el segundo, pues sólo el Estado organizado en perfectas y armónicas condiciones de viabilidad y funcionando en la forma peculiar de su estructura es el que puede tomarse como sujeto del derecho internacional.

De ahí derivan dos importantes ramas de la cultura cívica: una que estudia el individuo en sus relaciones con el Estado y sus conciudadanos y otra que se ocupa de las relaciones del Estado con los otros Estados y sus ciudadanos entre sí en correlación de derechos y deberes.

Esta segunda rama, a la que hasta ahora se había reconocido menor importancia y consagrado más pequeña dedicación, reviste, en el estado actual de la comunidad de los pueblos, de la facilidad del intercambio de las naciones en todos los órdenes de la actividad humana y de los adelantos de la ciencia e industria modernas, una importancia suprema, porque en ella se asienta el bienestar de las naciones, la prosperidad de su hacienda y la estabilidad de su existencia política.

Esta consideración es general para todos los Estados, pero ofrece en cada uno distintas tonalidades, suficientemente perceptibles, dignas de ser tomadas en consideración y que nacen de razones históricas o de situación dentro de los ámbitos del Mundo.

En efecto, los países de Europa y Asia traen al acervo internacional actual sus tradicionales luchas, rivalidades y antagonismos de unos contra otros pugnando por recuperar o conservar lo que recíprocamente se han usurpado.

Esa compleja urdimbre de aspiraciones y contraaspiraciones, que constituyen por así decirlo como la finalidad de su vida nacional a la que acomodan su sentir y pensar político, es la que presta a cada uno de esos pueblos su tipo peculiar característico.

En cambio los países de América han venido al concierto de las naciones sin arrastre de prejuicios, ni barreras históricas levantadas por la ambición de los unos contra los otros, sino solidarizados en el anhelo unánime de libertad y de justicia.

Ese status es el que interesa hacer conocer al pueblo de cada país para conservarlo eternamente preservándole de todo posible choque o dislocación.

Vulgarizar esas enseñanzas en forma de hacerlas llegar a la mente de todos los habitantes de dichos países desde su más tierna edad y hacer palpitar esos

sentimientos en los primeros latidos del corazón del niño es asegurar la base, la materia prima, de la prosperidad de la patria y de la felicidad de América.

Después en la instrucción superior, conviene avanzar más en esa rama de la ciencia jurídico-política creando cátedras de Derecho Internacional Americano, no sólo en las Universidades, para los que se dedican a las carreras profesionales de Leyes, sino también en los Institutos, Liceos, etc., en que se da la segunda enseñanza preparatoria.

La creación de institutos, asociaciones, academias, certámenes, bibliotecas, etc., y la celebración de Conferencias y Congresos son también importantísimos factores que contribuyen al conocimiento teórico y práctico de las cuestiones que afectan al Derecho Internacional especialmente los problemas de carácter privativamente americano y constituyen un palenque abierto a la discusión de los mismos, a la exteriorización de las varias opiniones y a la adopción de las distintas soluciones que con relación a cada caso, país, momento o circunstancias pudieran presentarse.

Esas reuniones generan insensiblemente el saludable ambiente del derecho de las naciones en sus relaciones recíprocas y van infiltrando en el pueblo el sentido jurídico respecto a esas cuestiones.

Son además un medio de estrechar de manera consciente y reflexiva las relaciones entre los diferentes pueblos de la América y de fomentar el sentimiento de solidaridad entre ellos, mediante el intercambio de ideas y la vulgarización de los acuerdos que se han adoptados en los Congresos y Conferencias Pan Americanos celebrados y que en lo sucesivo se celebren.

La prensa como elemento de comunicación y acercamiento entre los ciudadanos y el Gobierno y que en las democracias, más que en otras formas de organización política ejerce una función directriz de la opinión, posee grandes medios de cooperación a esa obra.

La labor de la escuela es individualista enseñando a cada ciudadano las nociones y conceptos teóricos de esas materias, mas la prensa completa esas enseñanzas bajo el aspecto colectivo, imprimiendo dirección a los sentimientos del pueblo como entidad social.

Los problemas que se plantean en las relaciones con los demás países pueden mediante la prensa ser bien conocidos y apreciados por los ciudadanos, especialmente los que siguen atentamente el proceso político de su país.

Esto en lo que respecta a la prensa política general, sin contar los periódicos, revistas, folletos, etc., dedicados especialmente a las materias de derecho internacional que por su índole técnica son llamados a precisar en forma más definida los problemas de ese género.

Para llenar cumplidamente esos fines es necesario que la prensa esté investida, a más de una alta cultura, de un acendrado patriotismo, mediante cuyas dos circunstancias su misión será profundamente benefactora.

Junto a las anteriores formas, viene como corolario y síntesis de ellas la diplomacia la cual para que resulte fructífera debe llenar un doble cometido, como acción política internacional y como enseñanza y guía del pueblo.

En el primer aspecto es indispensable que en la Cancillería de cada país llámese Ministerio o Secretaría de Relaciones Exteriores, o Negocios Extranjeros o de Estado, se tenga perfectamente definido el concepto de la nacionalidad en que actúa, intensamente infiltrado el sentimiento de la soberanía patria, plena fe en sus destinos históricos, y decisión firme de mantener a toda costa la personalidad de la patria; además de un cabal conocimiento de los medios y recursos de que en todos los órdenes de la actividad nacional dispone, no solo su país, sino también cada uno de los otros que con él se hallan en relación o con los cuales pueden entablarse éstas.

Con esa base subjetiva y objetiva de juicio y fija siempre la mira en el mejoramiento y progreso de la Nación corresponde a la Cancillería asumir una función directriz positiva de tales relaciones, viniendo a constituirse en el centro fundamental de donde irradian todas las líneas de conducta que a los representantes diplomáticos incumbe seguir.

La diplomacia no debe en ningún caso ser empírica convirtiendo a los plenipotenciarios en meros espectadores del desenvolvimiento de la vida nacional de los países en que se encuentran acreditados, sino que conviene imprimirle una orientación definida mediante instrucciones expresas, no tan sólo al objeto de ir obteniendo paulatinamente ventajas positivas en cada país; sino también como medio de aprovechar las múltiples noticias y datos que la frecuentación continuada de las Centros Oficiales de ese país permite al diplomático sagaz y observador recoger insensiblemente y que pueden en determinado momento ser de grande y efectiva utilidad para su patria.

La función del diplomático no ha de limitarse a representar decorativamente a su país, su misión es más elevada, debe en todos los momentos y circunstancias preparar los medios para estrechar relaciones, operar aproximaciones, recabar apoyos, y facilitar el intercambio financiero y económico.

Para lograr esos fines no puede dejárseles abandonados a sus propias iniciativas, con libertad de hacer o no hacer, porque ello degeneraría en un laberíntico caos, si esos agentes diplomáticos se decidieran por la acción o resultaría estéril y nula si optaran por la inacción.

Para prevenir esos males igualmente graves y riesgosos en ambos casos, es preciso que la Cancillería sea la que, con alto espíritu nacional político, revele a cada agente diplomático de una manera precisa la índole de las relaciones que su país mantiene con el en que va a representarlo y le señale en cada oportunidad lo que debe hacer y de lo que debe abstenerse.

De tal suerte las relaciones internacionales, que según la carta fundamental de las naciones de América, están atribuidas al Jefe del Estado se inspirarán en el criterio de la más perfecta unidad y responderán a las necesidades y conveniencias de la Nación.

Ahora bién; esa labor de la Cancillería regulando tales relaciones, definiendo el Status que se mantiene con cada país y señalando los avances que conviene hacer hacia ellos, puede dentro de un plano de consciente discreción servir de enseñanza y guía al pueblo y es bajo este aspecto que interesa a nuestro trabajo.

Claro es que dentro de ese amplio programa existe gran parte que pertenece al privado de la Cancillería y que en manera alguna conviene ni puede darse a conocer al público; pero junto a eso existen otros mil y mil particulares que, no sólo es posible, sino de alta conveniencia hacerlos conocer al país, porque contribuye a formar y fijar la opinión en cada caso que se presente; siendo opinión ilustrada por los estudios teóricos que en forma más o menos intensificada ha llegado a cada ciudadano y además por la noticia específica que el Gobierno tuvo el laudable celo de hacerle conocer.

Así se evitan en el orden interior los conflictos que pudieran originarse entre el Gobierno y el país por la adopción de determinados temperamentos o actitudes y en el orden exterior viene a resultar el pueblo soberano el que penetrado de los deberes y responsabilidades del Estado, y conocedor de la cuestión planteada, traza con mano firme la norma que se debe seguir, quedando consagrado una vez más el dogma de la democracia.

Mediante ese complejo y armónico sistema de educación cívica que a grandes rasgos acabamos de esbozar se consigue indudablemente preparar al pueblo para la más profunda comprensión de los deberes que trae consigo la posesión de la soberanía, en razón de las responsabilidades que apareja y no se circunscribirá la política en esos países a las cuestiones de orden meramente

interior o exclusivamente nacional, sino que se extenderá a las de orden exterior o internacional.

No es de nuestro tema definir ni estudiar cuales son los deberes y responsabilidades del Estado en el Derecho Internacional, los cuales, por otra parte, han sido luminosamente enumerados y tratados por los autores de Derecho Público de todos las países y en muchos casos son objeto de convenciones generales y tratados particulares.

No obstante surge de la consideración general de los mismos un problema de alta importancia en todos los tiempos, mas, en el actual momento, de especial interés y excepcional trascendencia, que merece consagrarle cuidadosa atención. Es el relativo a la fijación del concepto de la neutralidad en América frente al de la doctrina de Monroe, en el posible caso de una guerra entre un poder americano y un poder europeo, asiático u otro.

Sin descender a la enumeración de los deberes que se derivan de la declaración de neutralidad, es evidente que cada caso de acción o de abstención en que aquellos encarnan, plantea una cuestión de antagónica solución, según que prevalezca el principio de neutralidad pura o el de la doctrina americana de Monroe.

En materia de tanta trascendencia y en que las complicaciones y riesgos son la natural consecuencia de cualquier temperamento que se adopte, no me considero, bajo ningún aspecto, capacitado para aconsejar soluciones. Queda eso para quienes investidos de alto saber y de las funciones directoras de sus pueblos, pueden con autoridad y responsabilidad discernir la política que a sus países corresponde seguir.

Me limito pues a llamar la atención respecto de esa, que considero entraña una cuestión de alta importancia, no teórica abstracta, sino eminentemente práctica, pues ante el nefasto caso de la existencia de un conflicto armado, será ineludible afrontarla y resolverla y para ello es preciso que los pueblos estén debidamente preparados.

Todos en América conocen la génesis y proceso evolutivo de esa inmortal doctrina, que condensa y cristaliza la política americana en la trascendental declaración de no mezclarse en las guerras entre los Estados de Europa por cuestiones que sólo a ellos conciernan y de considerar a sus Gobiernos de facto como legítimos, cultivando amistosas relaciones con ellos mediante una franca, firme y noble conducta; pero, en lo que respecta a este Continente, estimando que las circunstancias son eminente y conspicuamente diferentes, declara imposible que Potencias europeas extiendan su sistema político a ninguna porción de dicho Continente sin poner en peligro la paz con los Estados Unidos, agregando que sería imposible que ellos vieran con indiferencia cualquiera acción encaminada a tales fines.

En esa sintética fórmula ha quedado esculpida la norma de conducta que sirve de salvaguardia al Nuevo Mundo. Y sus efectos, a través de la historia de cerca de un siglo, constituyen su más alta consagración, tanto por los Poderes de América como por los de Europa.

Una simple ojeada sobre los casos que en el rápido andar de los tiempos se han presentado y la consideración de las consecuencias beneficiosas y justas que ha producido, así como de las perjudiciales y perturbadoras que ha evitado, ponen de manifiesto su incontrastable eficacia práctica, cuánto es grande y noble el principio en que se inspira.

Desde los primeros momentos en 1825, reclamada por el Brasil la cooperación de los Estados Unidos para defender su independencia en el caso que Portugal fuese asistido por otro Poder europeo, culminó en la aceptación de las bases propuestas por aquél, y en el afianzamiento de la paz entre la ex-Metrópoli y la

nueva nacionalidad. Iguales efectos se produjeron en los posteriores incidentes de 1829, 1882, 1893 y 1901.

En el caso de Yucatán en 1848 hizo imposible que se tomara en consideración por la Gran Bretaña y España el ofrecimiento hecho a ésta por las autoridades de dicho país, de asumir el dominio y soberanía sobre el mismo.

En el de la República Argentina, en su guerra con el Imperio del Brasil y con la República de Chile, alejó la intervención de toda otra Potencia de Europa, señaladamente la de Alemania y de Inglaterra.

En la América Central en los casos de Honduras en 1835 motivados por las reclamaciones de ingleses y españoles por usurpaciones atribuidas a las naciones y en el de Nicaragua en que el Gobierno francés invitó al de Inglaterra para hacer una demostración naval conjunta, evitó completamente la realización de todo propósito bélico de parte de las mencionadas naciones de Europa.

De igual manera la acción americana hizo fracasar la intentona del General Flores, ex-Presidente del Ecuador en 1846, organizado en Europa, bajo los auspicios de varias Monarquías.

En Haití, sin referirnos a los diversos incidentes que en su accidentada vida se han presentado bastará recordar uno muy reciente para apreciar la eficiencia de esa doctrina que fué el de las negociaciones entabladas por dicha República con el Imperio Alemán, hace dos años escasos, para la concertación de un empréstito a base de la cesión de una estación naval a equél Imperio; las cuales negociaciones fueron intervenidas por los Estados Unidos y no pudieron llegar a vías de realidad.

Mucho más complicada e intensa ha sido su labor en México, cuando el incidente relativo al reconocimiento del Gobierno del Presidente Juárez, teniendo que contener con el prospecto de su política la actitud de Francia, Gran Bretaña y España conjuntamente interesadas en tal cuestión y aun cuando en realidad pudiera estimarse este caso como la más incolora actuación de la política americana particularmente frente a la invasión francesa, en definitiva produjo sus saludables efectos contenidos en el Tratado de 1865.

En el período contemporáneo la firmeza con que los Estados Unidos han afrontado el problema planteado por los acontecimientos de la Revolución Mexicana, ha evitado la interferencia de todo Poder europeo, confinando a la acción de las naciones hermanas de América actuar en forma amistosa para el arreglo de aquellas diferencias.

Cuando la guerra entre Perú y España en 1864 la notificación hecha por el Gobierno de los Estados Unidos al de Madrid en el sentido de que no podían prestar su asentimiento a la actitud asumida por España, ni menos ver con indiferencia cualquier intento para reducir al Perú por conquista y reanexar sus territorios al Reino de España, trazó el derrotero hacia el fin amistoso de la controversia.

Y en 1883 la acción diplomática poco feliz adoptada por el Plenipotenciario de los Estados Unidos en Lima en unión con el de Francia, el de la Gran Bretaña y el de Italia, al objeto de someter a sus respectivos Gobiernos una intervención en las dificultades entre Perú y Bolivia de una parte y Chile de la otra, fué desautorizada por el Departamento de Estado Americano, como contraria al principio de la doctrina de Monroe que consagra la no intervención de todo poder europeo en las cuestiones que solo afectan a la América.

En Santo Domingo los frecuentes conflictos provocados por sus diferencias con Haití y por los trastornos de orden interior han dado ocasión a múltiples ingerencias de la Cancillería americana, cuyos provechosos efectos han podido ser debidamente apreciados tanto en el mismo país por propios y extraños, cuanto por las naciones que con aquél están en relación.

La complexidad y diversidad de tales conflictos hace que los consideremos de una manera sintética sin referirnos concretamente a ninguno de ellos.

Finalmente en Venezuela todos conservan el recuerdo de la acción americana ante las exigencias planteadas por el Barón Gerolt, Ministro Plenipotenciario de Alemania, y la intervención en su contienda con la Gran Bretaña por la cuestión de límites con la Guayana inglesa, en abierta defensa de la integridad del territorio venezolano.

Todos estos casos no son en realidad ejemplos de intervención armada en guerras formalmente declaradas y sostenidas entre Potencias de América contra las de Europa, sino actos de mediación e intervención pacífica previa, precisamente para evitar la guerra.

No son pues en puridad precedentes jurídicamente invocables a la luz del Derecho Internacional; pero no es dable desconocer que son actos que por su reiteración y por la unidad de criterio que los guía autorizan para fundamentar una inducción.

En el curso de nuestra historia patria, existe un acontecimiento que sí pudiera considerarse un verdadero precedente que no puede en modo alguno pasar inadvertido ni dejar de considerársele en toda su significación como exponente de la extensión y concepto que para la gran república de los Estados Unidos de América tiene la doctrina a que estamos haciendo referencia. Me refiero a la intervención en nuestra guerra contra España.

Aunque es cierto que la determinación de intervenir en la cruenta lucha establecida entre la Colonia Americana por alcanzar su independencia y constituirse en estado soberano y su metrópoli europea procurando mantener sus tradicionales derechos de conquista, no puede desde un punto de vista puramente dogmático confundirse con el problema de alianza o mediación en caso de conflicto entre dos nacionalidades propiamente dichas, una de América y otra de Europa, que es el punto de que aquí tratamos, no puede ocultarse que el principio en que descansa una y otra es el mismo, y si fuera dable aquilatar la intensidad con que ese principo actúa en cada uno de ellos es indudable que en el conflicto planteado entre dos naciones jurídicamente tales, influye con más fuerza y por más varios motivos.

En el primer caso son más bien razones de sentimiento las que inspiran y propósitos de alterar un Status existente los que mueven a obrar. Entonces la acción se endereza a convertir en realidad una aspiración política para conseguir la cual es necesario romper un complejo ligamen de derechos e intereses amparados por la tradición y el consensus internacional que ligan a la patria madre y su colonia. En suma, esa intervención tiende a destruir nó a conservar.

Además no es posible perder de vista que entre la metrópoli y la nación que se decide a intervenir existen tratados de varias órdenes que regulan sus relaciones de nación a nación, y que aún el mismo derecho colonial de aquélla está reconocido y sancionado por la otra.

Si contrariando los compromisos internacionales que se tienen contraídos con aquélla, si pasando por encima de la consideración al derecho reconocido a la nación amiga, la otra potencia interviene en la contienda en favor de la colonia y pone a contribución todos los recursos de su diplomacia y de su poderío naval y militar, es, sin duda, porque con más intensidad y fuerza que aquellas razones y vínculos jurídicos, actúan sobre el sentimiento y la política de ese pueblo el espíritu de la solidaridad americana proclamado en la inmortal doctrina de Monroe.

Pero no ha sido ese un criterio aislado y exclusivo de los Estados Unidos de América, en aquel período de nuestra historia; lejos de ello, fué general y unánime en todos los demás pueblos de la América que con su apoyo moral robustecieron la acción que en el terreno de los hechos adoptara el esforzado

paladín en la causa de la libertad en este hemisferio, afianzando con ello las bases indestructibles de la solidaridad americana.

Después de aquel hecho, por fortuna no se ha vuelto a plantear, para ningún pueblo de la América tal problema. La paz cada vez más firme y estable entre las naciones del Nuevo Mundo con las de los otros continentes ha hecho innecesario tocar ese candente asunto.

Sin embargo, la previsión aconseja pensar en las posibles eventualidades de la realidad política internacional y tener señalada de antemano la norma de proceder adecuada.

Los mismos Estados Unidos, no satisfechos con los actos realizados que esmaltan su brillante historia, creyeron un deber ratificar solemnemente esa política haciendo en la Conferencia Internacional de la Paz celebrada en La Haya, en plena sesión, la declaración de que ninguno de los principios contenidos en aquellas convenciones podría en ningún modo apartar a los Estados Unidos de su política tradicional de no mezclarse, intervenir ni entorpecer las cuestiones políticas o de administración interna de los Estados extranjeros, sino puramente en las cuestiones que afectaran a la América y la propia Conferencia accedió a la anterior reserva basada en la doctrina de Monroe, estimándola compatible con los propósitos y aspiraciones de la Conferencia.

Hasta aquí hemos bosquejado la doctrina de Monroe propiamente dicha como exponente o norma de conducta de la Nación Americana en caso de guerra o amenaza de guerra contra una hermana de América por una de Europa.

Pero al lado de la anterior se presenta otra aún más profunda cuestión y es la de saber si esa doctrina, aunque proclamada, sostenida y practicada por los Estados Unidos debe estimarse que obliga solamente a éstos en favor de las otras naciones de la América o, si por contrario imperio del principio de reciprocidad y de la solidaridad, obliga también a éstas en favor de aquéllos.

En otras palabras si esa obligación que es nervio y médula de la vida internaciomal americana frente a la política europea o de otro continente, es sólo un vínculo unilateral o si en cambio forma un nexo múltiple en armónica correlación de deberes políticos entre todos los Estados de América.

La cuestión práctica a resolver es ésta: ¿Cuál sería la conducta de esos otros Estados, especialmente aquéllos, que de manera directa e inmediata han sentido y aprovechado los efectos de la acción de los Estados Unidos en sus conflictos con otros poderes europeos, en el caso en que desgraciadamente los Estados Unidos se vieran amenazados o envueltos en una guerra con Poder de otro continente?

Ya el honorable Presidente de los Estados Unidos Mr. Teodoro Roosevelt en un Mensaje dirigido al Congreso de la Unión en 1901 enfocó virilmente este trascendental problema diciendo que la doctrina de Monroe sería el rasgo cardinal de la política extranjera de todas las naciones de las dos Américas, como lo es la de los Estados Unidos.

No cabe dudar que la respuesta de las Naciones de América, unánimemente, habría de estar en perfecto acuerdo con el postulado de aquél gran estadista americano en toda su extensión y con todas sus consecuencias.

Entonces quedaría implantado en principio y de hecho el credo político de la solidaridad entre los Estados del Nuevo Mundo.

Ahora bien: ¿Cómo debe entenderse y practicarse esa solidaridad?

Pudiera parecer, a primera vista, que si los Estados Unidos han sido los que en múltiples ocasiones han prestado su apoyo a otras Repúblicas hermanas al disponerse éstas en justa y merecida correspondencia a prestarle el suyo, quedaba plena y satisfactoriamente resuelto el problema.

Pero de ese modo planteada la cuestión, circunscribiéndolas a esos exclusivos términos, vendría a quedar reducida a un vínculo bilateral entre los Estados

Unidos, de una parte como acreedores, y, de la otra las demás naciones de América, como deudoras.

Si desgraciadamente esa fuera la realidad, habría que convenir en que por rendir tributo a un noble sentimiento de justicia, lejos de instaurarse en América el principio de la solidaridad entre todas las naciones que la componen, se habría sembrado el germen de la división de la América en dos grandes grupos distintos, amigos hoy—y quedaría socavado en sus cimientos el principio político de la solidaridad americana.

Por fortuna no es de tal manera, ceñido a tan estrechos límites, como se entiende en América ese elevado principio, pues aunque la doctrina de Monroe (dejando a un lado las declaraciones de Mr. Canning) es producto y obra de los Estados Unidos, y los actos por éstos realizados les crean título al reconocimiento de sus hermanas, es incuestionable que éstas al sentirse en la plenitud de su desenvolvimiento político y por tanto fuertes en su derecho y en sus medios de acción, no pueden lógicamente, ni sería conveniente a los fines de la América, dejar a los Estados Unidos que fueran solos quienes actuasen en caso de un conflicto entre una República de América y un Poder europeo, sino que deben unir su acción a la de aquellos en señal de solidaridad bien entendida.

De esa manera no sería una nación fuerte y poderosa de América la que prestara su apoyo a otra del mismo Continente, sino el Nuevo Mundo en su armónica complexión el que se levantase como un solo espíritu y único cuerpo, movido por un mismo ideal, contra el extraño que intente profanar la inmaculada integridad del suelo americano.

Aún mas lejos, pudiera llevarse este criterio hasta a los actos políticos de mediación pacífica que los Estados Unidos tuvieran que realizar cerca de cualesquiera Poderes de Europa en conflicto; en cuyo caso solicitada que fuera su mediación u ofrecida ésta de propia iniciativa, las demás naciones de América cooperando en esa noble misión con los Estabos Unidos (jamás al lado de ninguna nación de Europa) demostrarían ante el Mundo la identificación absoluta de la América en la guerra y en la paz.

Ese principio es el que con ocasión de los sucesos políticos interiores recientes, desarrollados en nuestra hermana República de México, ha dado origen a la aparición de la conjunción del A. B. C., limpia aurora de un nuevo sol político que ilumina y aclara el horizonte de la América.

Esas inspiraciones de la vida política de los pueblos en los puros principios de libertad, justicia y cordialidad son los que permiten ofrecer a la humanidad el contraste de un Congreso Científico en América en el que todas las Naciones de este hemisferio, y bajo todas las formas nobles de la ciencia se encuentran lucidamente representadas frente a una guerra general en Europa.

Mas para que este resultado pueda ser alcanzado no basta que los Gobiernos, las clases llamadas directoras así lo conciban y procuren realizarlo, es indispensable que tales propósitos se encuentren sólidamente respaldados por el voto consciente e ilustrado de los ciudadanos, quienes en todas las formas políticas modernas de organización forman la opinión y actúan en la gobernación y manejo de los Esados, pero que en las democracias son los que en manera absoluta y soberana dirigen la orientación de la cosa pública.

RESUMEN.

Para inculcar al pueblo en los países democráticos una honda comprensión de las obligaciones y deberes que son concomitantes a la posesión de la responsabilidad de su vida pública es indispensable fomentar la cultura cívica, no solo en su aspecto interior o nacional sino exterior o internacional.

A ese fin debe hacerse obligatorio el estudio de esas materias desde la enseñanza elemental primaria.

Debe después continuársele en la segunda enseñanza o preparatoria y en la profesional, creando cátedras de derecho público.

La creación de institutos, asociaciones, academias, certámenes, bibliotecas, etc., y la celebración de Conferencias y Congresos son también factores importantísimos para difundir el conocimiento de las cuestiones que afectan al derecho internacional especialmente los problemas americanos.

La prensa como medio de comunicación entre los Gobiernos y el pueblo en los países organizados sobre la base de la democracia, contribuye poderosamente a instruir la opinión respecto a las doctrinas y los hechos referentes a las relaciones con los demás pueblos.

Finalmente como corolario y síntesis de esos medios de vulgarización, puede la diplomacia utilizada con alto sentido nacional servir de gran elemento educacional del pueblo con referencia a esas materias, con la indiscutible ventaja de que el conocimiento que por tal conducto obtenga de las relaciones con los demás países y de los medios ejercitables, son de fuente segura y exacta.

Con relación a esta materia surge un problema de la mayor importancia para la América y es el de considerar el concepto de la neutralidad frente al de la doctrina de Monroe en caso de guerra entre una Potencia de América y otra de distinto Continente.

Sin atrevernos a presentar soluciones, nos limitamos a recoger varios hechos ocurridos en el curso de la historia de América con posterioridad a la declaración de tal doctrina para en su vista y con el estudio del alcance y concepto político de dicha doctrina, inferir cual pudiera ser en el terreno de la realidad de los casos que eventualmente pudieran presentarse la norma de conducta de las Naciones de la América.

NOTA.—Dada la índole de este trabajo, circunscrito a la exposición de consideraciones y juicios basados en el estudio y observación personal de las cuestiones a que se refiere no se consigna bibliografía ni documentos o fuentes de información algunos.

The following papers were also presented at this session:

Misión del Instituto Americano de Derecho Internacional, by Antolín Irala.

Pan Americanism in the light of the traditional international policy of Argentina, by Enrique Gil.

The rôle of America in the development of international law, by L. S. Rowe.

Are there specific American problems of international law? by John Foster Dulles.

MISIÓN DEL INSTITUTO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL.

Por ANTOLÍN IRALA,

Profesor de la Universidad del Paraguay.

La Sociedad Paraguaya de Derecho Internacional experimenta honda satisfacción al cooperar a la constitución definitiva del Instituto Americano de Derecho Internacional, llamado a prestar tan señalados servicios a la causa del Derecho y la Justicia.

Los Estados americanos desde los albores de su existencia como naciones soberanas, se han caracterizado por su amor a la libertad y al derecho, habiéndose constituído y organizado a base de democracia.

La unidad de régimen político, la uniformidad en la concepción del derecho público con criterio diametralmente opuesto al sistema imperante en el viejo mundo, han creado en ambas Américas la conciencia de que todos los Estados que las componen forman parte de un mismo organismo, de que existe entre todos ellos un lazo de unión, una afinidad natural.

Esta creencia indujo a sus hombres prominentes, a sus héroes, a combatir juntos por la Independencia, sin distinción de patria, y a planear la reunión de Congresos y Conferencias Internacionales en que debiera contemplarse especialmente el medio de consolidar, de afianzar la soberanía de las nuevas entidades internacionales.

Es de todos conocido el genial pensamiento del libertador Simón Bolívar, de constituir de todos los estados hispano-americanos una gran Confederación, cuyo principal objeto sería la defensa en común de la Independencia.

Los Congresos de Panamá y de Lima, aunque no dieron los resultados esperados, fueron convocados bajo la inspiración de tan nobles ideales.

Al través de las vicisitudes de todo orden por que tuvieron que pasar las naciones americanas, en su accidentado proceso de preparación y adaptación al régimen republicano de gobierno, la idea de la solidaridad continental ha persistido en todas ellas.

Así fué como la feliz iniciativa del eminente Secretario de Estado americano, Mr. James G. Blaine, para la reunión del Congreso Pan Americano destinado a buscar fórmulas de inteligencia amistosa y mancomunidad de esfuerzos entre los Estados del mundo de Colón, halló en toda la América la más benévola y entusiasta acogida.

Desde 1889 a la fecha van celebrados cuatro Congresos Pan Americanos y la periodicidad de sus reuniones autoriza a considerarlos como una institución permanente, como un organismo americano del Derecho Internacional.

Sin desconocer que la obra de esos Congresos ha dejado mucho que desear, y que de haber encarado las cuestiones con un criterio más real, más práctico hubieran podido ser un factor más eficiente de cooperación y defensa, de los intereses colectivos de América, fuerza es confesar que han prestado relevantes servicios a la causa de la solidaridad americana.

Aparte de la grandísima significación moral que en sí envuelven dichos Congresos, y sin parar mientes en la indiscutible importancia de las vinculaciones personales, del comercio de ideas, del acercamiento y conocimiento recíproco de los hombres más representativos del continente a que dan motivo, es indudable que ha sido grande el aporte de los Congresos Pan Americanos a la magna obra de la paz y el derecho, en que estamos empeñados.

La sola convención relativa al arbitraje con la amplitud con que fué sancionada en el primer Congreso reunido en Wáshington—obligatorio, permanente y general—en una época en que esta forma de solución de los conflictos internacionales era considerada con toda clase de reservas en Europa, constituye bastante título a la consideración de todos los que desean el reinado de la paz entre los Estados.

La legislación sobre derecho de extranjería, la creación de la Oficina Permanente de las Naciones Americanas y tantas otras convenciones y declaraciones, importan cooperación positiva de los Congresos Pan Americanos a la regularidad de las relaciones internacionales. Pero para que la obra de estos Congresos pudiera dar todo el fruto que los espíritus verdaderamente americanistas aspiran ob-

tener, era menester crear una asociación como el Instituto, a cuya inauguración asistimos.

Cumpuestos los Congresos Pan Americanos de diplomáticos, de representantes oficiales de los Estados, su acción tiene que ser limitada, toda vez que sus miembros, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, forzosamente tienen que constreñirse dentro del estrecho marco de las conveniencias de los intereses particulares del momento, de las naciones cuya representación invisten.

Desde que la misión, el principal rol de los Congresos Pan Americanos es, al decir del ilustre Presidente del tercer Congreso, reunido en Río de Janeiro, Joaquín Nabuco, colectivar lo unánime, tornar colectivo lo que ya ha sido unánimemente sancionado, claro está que dichos Congresos requieren como antecedente los trabajos preparatorios de los publicistas y asociaciones científicas.

Y es justamente esta la obra, la principal tarea que incumbe realizar a la institución creada.

El Instituto Americano de Derecho Internacional debe tender a uniformar las opiniones sobre los puntos controvertidos, a dilucidar las cuestiones que dividen las legislaciones y las doctrinas, a buscar un punto de inteligencia, una forma de solución, preparando así la obra de los Congresos Pan Americanos.

Esta tarea no puede ser imposible ni muy ardua.

Puede decirse que los trabajos del Instituto Internacional creado por la elevada inspiración de Rolin Jaequemin, han hecho factible la obra de las conferencias de la paz de la Haya.

Y si eso acontece en Europa, si la acción de sus hombres de ciencia ha llegado a formar la conciencia pública y a imponer a los gobiernos soluciones en consonancia con los dictados del derecho, cuánto más fácil será la tarea del Instituto Americano de Derecho Internacional, habido en cuenta que ninguna diferencia irreductible divide a los países del nuevo mundo, que los prejuicios de raza, religión, reivindicaciones históricas, etc., etc., que separan a los Estados europeos, son desconocidos entre nosotros.

Grande es ya la colaboración de América a los progresos del Derecho de Gentes, y es indudable que ella será en lo futuro mucho mayor, merced al Instituto Americano de Derecho Internacional.

Agrupando los hombres dedicados al estudio de las cuestiones de Derecho Internacional en las distintas sociedades locales, habráse impulsado considerablemente tales estudios, y formando todas ellas una federación, que viene a ser el Instituto Americano de Derecho Internacional, habráse trazado un objetivo, dado un ideal a las investigaciones, ideal que no puede ser otro, que el de buscar un medio más perfecto de convivencia entre los Estados Americanos, una fórmula que descarte toda posibilidad de conflicto armado, convierta a todas las naciones de América en una Magna Civitas, en que las distintas nacionalidades se desarrollen y engrandezcan armónicamente, a base del más escrupuloso respeto de todas las soberanías y de la solidaridad moral del Derecho y la Justicia.

La forma de gobierno que han adoptado los países americanos impone al Instituto y a las sociedades locales adherentes una ímproba labor. Me refiero a la divulgación en el pueblo de los principios del Derecho Internacional.

Si bien es cierto que muchos países, entre ellos el Paraguay, mi patria, han reconocido expresamente en su Carta Fundamental la existencia de leyes internacionales y las han incorporado a su legislación positiva, es incuestionable que tales principios necesitan mayor difusión.

Es menester formar opinión de manera a hacer presión en caso necesario sobre los gobiernos que pretendan desviar su acción internacional del derrotero de la justicia y del derecho.

Hoy más que nunca se impone con caracteres imperiosos hacer carne en la conciencia pública, que la ley internacional es una realidad.

La actual conflagración europea ha subvertido todos los principios y llevado al ánimo de los que consideran las cosas superficialmente, y que por desgracia son los más, la convicción de que las reglas del Derecho de Gentes, antes que normas jurídicas inflexibles, son meros principios morales, cuya aplicación queda librada a la mayor o menor buena fe y honestidad de los Estados.

Y a fe, que cuando se observa la violación sin el menor reparo de los principios más uniformemente aceptados, en presencia del desconocimiento de las conquistas jurídicas consideradas como definitivamente adquiridas por la humanidad, no puede menos que dibujarse cierto escepticismo en los espíritus respecto a la existencia del Derecho Internacional. Sin embargo todo esto no nos autoriza a proclamar la bancarrota del Derecho Internacional.

Más que a un eclipse del Derecho de Gentes la humanidad asiste consternada a la crisis de un sistema político, de la política del equilibrio que desde el Congreso de Viena constituye la base de la política internacional europea.

El fracaso del actual sistema, nos impone la obligación de organizar la comunidad internacional con otro criterio, de buscar una fórmula más perfecta de convivencia entre los Estados.

La fórmula del porvenir, la única capaz de consolidar la paz entre las naciones, es el Derecho.

Así como en Derecho Internacional Privado se ha llegado a adoptar el principio de Savigny, que considera a la humanidad como constituyendo una comunidad jurídica, a los efectos de la aplicación de la leyes en las relaciones privadas de los hombres de los diferentes Estados, convirtamos a la gran familia de las naciones en una comunidad regida por el Derecho, sin menoscabo de la personalidad soberana de sus miembros, y habremos realizado obra provechosa, habremos cimentado el Derecho de Gentes sobre bases de granito. Hago votos porque esta aspiración se convierta mañana en hermosa realidad, mediante el esfuerzo del Instituto Americano de Derecho Internacional.

Así, trabajando especialmente para América, habremos hecho obra universal, habremos beneficiado a toda la humanidad.

PAN AMERICANISM IN THE LIGHT OF THE TRADITIONAL INTERNATIONAL POLICY OF ARGENTINA.

By ENRIQUE GIL.

The present European war may be said not only to have fixed the period of the renaissance, or rebirth, of Pan Americanism, but also to have witnessed its evolution from a series of moral and international legal precepts, of a more or less inactive character, into an actual and inspiring American doctrine or policy, whose just principles can not fail to secure the fullest recognition at the hands of all the nations of the world. It has likewise demonstrated that the cherished consolidation which has been reached by a century of unremitting labor on the part of the great statesmen and thinkers of both divisions of the American Continent is the logical outcome of natural conditions and does not owe its attainment to artificial or extraneous circumstances. On the contrary, it shows that even the failure of the Congress of Panama, which was convoked to meet in May, 1826, or 90 years ago, did not influence or lessen the

efforts then beginning to be exerted for the unification of the interests of the newly established American Republics.

Since the time when inter-American relations were treated as matters of discussion and study, rather than as the subject of definite policies; since Alberdi first enunciated the principles which eventually furnished the basis of the program of Blaine's Pan American Congress at Washington; and, going further back, even through the entire period of what may be called the chrysalis stage of this great movement, there have been numberless efforts in the same direction, each of which, though lacking in practical purpose, carried in itself an undercurrent of the active principle which to-day shines forth as Pan Americanism. To sustain this view of the growth of Pan Americanism it is necessary to trace the various developments of the movement during the century under review.

The first important step in the direction indicated was taken by the Government of Mexico in March, 1831 (eight years later than the formulation of the Monroe doctrine and five years subsequent to the failure of the Congress of Panama), when all of the Republics of America were invited to attend a conference to be held, at the option of a majority, either in Tacubaya, Panama, or Lima. In the absence of tangible results, Mexico made further attempts (1838–39–40), though fruitlessly, to achieve the continental aspiration embodied in the effort and induced Venezuela to second it in the task of "promoting union and close alliance of the new States for the purpose of defense against foreign invasion, for the acceptance of friendly mediation of the neutral States, for the settlement of all disagreements and disputes of whatever nature might happen to arise between the sister Republics, and for the framing and promulgation of a code of public law regulating their mutual relations."

In 1848 "the American Congress" met at Lima on the initiative of the Republics of Bolivia, Chile, Ecuador, Nueva Granada, and Peru, whose avowed objects were to maintain the independence, sovereignty, dignity, and territorial integrity of the American Republics. According to Torres Calcedo, in his book Union Latino Americana, the deliberations of this congress resulted in a treaty of confederation, a treaty of commerce and navigation, a postal treaty, and a consular convention. The latter was approved by the Government of Nueva Granada, but the other treaties failed to secure ratification. In 1856 the "continental treaty," with purposes and aspirations analogous to the others, though demonstrating a certain spirit of antagonism toward the United States and the Empire of Brazil, was signed in the city of Santiago by the representatives of the Republics of Peru, Chile, and Ecuador. On January 11, 1864, the Government of Peru issued invitations to the Governments of the former Spanish colonies to meet for the purpose "of being organized as a family of nations"; and amongst the proposed subjects for discussion set forth by Señor Don Juan Antonio Ribeyro, the Peruvian minister of foreign affairs, were the settlement of boundary disputes, arbitration, and the abolition of wars. The inaugural session of this congress was celebrated on the 14th of November of the same year and was attended by the plenipotentiaries of Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Peru, and Venezuela. On January 23, 1865, two conventions were signed, having for their respective objects the formation of a union and a defensive alliance and the maintenance of peace.

On May 18, 1867, a treaty was signed at Lima between Chile, Ecuador, and Bolivia relating to questions of international law. In the following October the representatives of Chile, Peru, and Bolivia met in the same city and signed a similar treaty. In 1876 Guatemala convoked a Central American

congress, but, owing to an outbreak of war between that country and San Salvador, the invitations were withdrawn and the congress was convened only on the 20th of January, 1887. As a result of that conference others were celebrated in Costa Rica in 1888 and in San Salvador in 1889, when the idea was launched of organizing the Republics of Central America. As the eminent jurist, Alejandro Alvarez, says: "The States of Latin America, in spite of the fact that they had abandoned by this time the idea of a confederation, continued to consider themselves as a family of nations in which friendly relationships, close commercial intercourse, and a consensus of agreement on external policy should exist." In short, Dr. Alvarez declares that the idea of solidarity did not disappear, but assumed a more practical aspect in conformity with the international life of these countries. This interpretation is confirmed by the fact that there assembled at Lima in 1877, by invitation of the Peruvian Government, an American congress of jurists to unify the principles of private international law. This congress agreed upon two conventions, one relating to private international law and the other to extradition.

From 1866 to 1872, which covered the period of the war between Spain and the Republics of Peru, Chile, Bolivia, and Ecuador, the remarkable and successful mediation of the United States between Spain and these Republics is one of the most noteworthy events in the history of Pan Americanism. The final and definite conference called for the purpose indicated took place at Washington on October 29, 1870, under the presidency of Mr. Fish, then Secretary of State; and on April 11, 1871, an armistice was signed, which "armistice or truce" was to "continue indefinitely" and to be maintained by the warring countries. Under the terms of this armistice hostilities might not be resumed by either of the belligerents, "save in three years after having expressly and explicitly notified the other."

In 1880 Colombia invited the Republics of America to a congress to meet at Panama in 1881 for the purpose of securing the adhesion of these Republics to the principle of arbitration incorporated in a convention which Colombia had celebrated with Chile. All the countries invited except Mexico and Argentina accepted the invitation, but, owing to the fact that Chile interpreted the objects of the conference as constituting a desire to intervene in that country's external policy, a campaign of opposition was begun with the result that when the congress met there were only present the representatives of three Central American Republics.

In 1883, in the city of Caracas, the representatives of Argentina, Bolivia, Colombia, Peru, Salvador, Mexico, and Venezuela signed a convention recommending arbitration.

In 1887–88 there were convened, respectively, at Rio de Janeiro and Lima, two sanitary congresses, Argentina, Brazil, and Uruguay being represented at the first and Bolivia, Chile, Ecuador, and Peru at the second.

In 1888–89 a congress of private international law was held at Montevideo. The invitations were issued jointly by Argentina and Uruguay, and besides those two countries Bolivia, Brazil, Chile, Paraguay, and Peru were represented.

In the convention on international civil law entered into at this Congress the nationality system relating to contracts and for enforcing personal rights which had been followed by the previous congress of jurisprudence convened at Lima, was abandoned for the principle of domicile, which was then supported by the authority of such great jurists as Savigny and Story as well as the legislation of England, some of the German States, Austria, the United States, Paraguay, and the Argentine Republic, as was shown by the Argentine delegation to the Pan American Congress of Mexico.

In 1889, due to the foresight and wisdom of Blaine, the first Pan American Congress, called the American International Conference, was convened at Washington, and it may be affirmed without any hesitation that the deliberations of this congress constituted the first real step in the movement to establish complete cooperation and solidarity among all the Republics of America. This congress was followed by the congresses that met in 1901 in Mexico City, in 1906 in Rio de Janeiro, and in 1910 in Buenos Aires, all of which have contributed to impress a more definite character upon the Pan American idea and spirit. Yet, the moral and material consolidation of the American Continent has not been inspired by purely political or commercial objects. Scientific and educational motives have been strong factors in the Pan American movement, as may be seen by the importance of this congress and by those which took place in 1898 in Buenos Aires, in 1901 in Montevideo, in 1905 in Rio de Janeiro, which constituted the various Congresos Cientificos Latino Americanos, and the Pan American Scientific Congress in Chile in 1908. To these may be added the efforts of Mexico in 1896 and of Colombia in 1898, as well as the various congresses of medical men and of students, besides international exhibitions celebrated in the United States with the assistance of representatives of all America; and from the proceedings of all these assemblages there is incontrovertible evidence of the common ideal and desire for closer relations with complete fraternal unity between the nations of the American Continent.

In this brief historical résumé of the development of the Pan American idea I have merely referred to congresses and conventions which reveal the existence of an "American conscience" and a process of elaboration that by no means excludes individual policies indorsed by the respective governments of their authors, such as the doctrines of Monroe, Calvo, Drago, and Tobar, which have had an equal share in demonstrating that Pan Americanism in its true sense is a natural corollary to the principles of justice which prompted the famous declaration of 1823. During the long period of its incubation circumstances have frequently combined to retard the definite establishment of Pan Americanism, and it is only now that it is beginning to assume a definitive form, embodying in its formulation the two main points which will guide its destinies in the future—namely, that which refers to the inter-American policy and that which pertains to the continental foreign policy.

In relation to these subject, Dr. Naón, the present Argentine ambassador at Wash'ngton, recently delivered two addresses, respectively, at Pittsburgh and Harrisburg which to-day are cited as the creed and catechism of Pan Americanism. These addresses explained Pan Americanism in its true conception and affirmed the assurance of its future existence on the ground that it has ceased to be a unilateral thesis, or a local doctrine at the service of individual interest. Pan Americanism has arrived at that stage of development in which the relations of the American countries to the other countries of the world will be inspired by a continental policy; and, by this means all misconceptions and misinterpretations relating to particular doctrines, by whatever name they may be called, would disappear, as Pan Americanism in its broad sense will be substituted for them in cases where the relations of the Old World with the New World may be affected by diplomatic considerations of such a nature as to call for continental action. A careful exam'nation of this policy discloses its eclectic character. Pan Americanism furnishes the precepts that for centuries to come are to guide and rule the internal relationships of the American Continent as well as those of the continent as a whole with the remainder of the world without imposing limitations upon or unduly restraining the individual action of any of its components that may vary or become necessary according to the degree of progress, wealth, or traditions which characterizes each of the American nations.

PRINCIPLES OF INTERCONTINENTAL POLICY.

The case of Mexico, for instance, has been the turning point in the internal policy of the continent, and the present Mexican diplomatic representative at Washington, Señor Arredondo, has correctly stated that the recognition of Carranza is a triumph of Pan Americanism. The task undertaken by the Latin-American Republics in regard to Mexico was of a painful nature, but it was agreed and determined that the principle of nonintervention should be the supreme and guiding rule in internal American relations. This policy was inaugurated at the conference of mediation at Niagara Falls; it was confirmed by the note of the minister of foreign affairs of Argentina, Dr. Murature, to Gen. Carranza; and it has been finally consecrated by the recognition of the de facto government of Mexico by the nations of America, by the declaration of President Wilson on November 5 last, and more recently by his message to Congress on December 8 of the current year.

PRINCIPLES OF CONTINENTAL FOREIGN POLICY.

If the case of Mexico marks the first contemporary instance of a united international policy which in future is to govern inter-American relations, the attitude of the United States in safeguarding the rights of neutrals as expounded in the notes to England, Germany, and Austria, the declarations of Argentina and Peru upon the subject, and the constitution of a Pan American committee which has already presented its report are concrete instances of the confirmation of the continental character of this policy. Nor can there be any doubt that within a reasonable period after the close of the present war the conclusions and recommendations of the Pan American committee will constitute the essence of the principles that in the future will throw a cloak of protection around the lives, interests, and commerce of the people of America in case of further outbreaks of war among the nations of Europe and Asia.

THE UNITED STATES AND PAN AMERICANISM.

President Wilson's last message to Congress leaves no doubt either as to the correct interpretation given by the United States to Pan Americanism or as to the agreement of the American Republics with that important declaration:

> The moral is that the States of America are not hostile rivals but cooperating friends, and that their growing sense of community of interests, alike in matters political and in matters economic, is likely to give them a new significance as factors in international affairs and in the political history of the world. It presents them as in a very deep and true sense a unit in world affairs, spiritual partners, standing together because thinking together, quick with common sympathies and common ideals. Separated, they are subject to all the cross currents of the confused politics of a world of hostile rivalries; united in spirit and purpose they can not be disappointed of their peaceful destiny. This is Pan Americanism. It has none of the spirit of empire in it. It is the embodiment, the effectual embodiment, of the new spirit of law and independence and liberty and mutual service.

Persons of imperialistic tendencies will wonder why it is that the United States has come to adopt a course of action which negatives all ideas of a hegemony and places itself in parity of national standing and on a footing of perfect equality with the rest of the American nations. Yet, the answer is a simple one. Half a century of experience has demonstrated the futility of efforts for the protection of interests that are antagonistic to those of the community of the American nations. This Nation and its Government recognize that there are no longer any problems that affect Latin American as a whole or that call for the practice or maintenance of a unilateral doctrine or policy.

That, on the contrary, the diversity of conditions surrounding the nations which compose the American international concert renders it indispensable that the policy to be followed should be individual and special for each nation and each case. The understanding has been established in a form which admits of no dispute that if, for continental reasons of a geographical and historical nature, the United States can not be guided in its external policy through the inspiration of one of the sister Republics, but only by a policy dictated, after consultation, by general interests, it is equally true that no clearly defined line of action can be maintained by any one of the countries of America with a view to exercising individual control over diplomatic relations with the others. The practical spirit which is instinctive in this Republic and the sense of proportion which dec'des that the actions of the Government shall always be in keeping with the circumstances and the opportunity, determine that, to-day, the people here shall see in Pan Americanism a new force, whose development must be protected and fostered, which, in other words, means to protect and to foster indirectly, their closest interests.

ARGENTINE INTERNATIONAL POLICIES.

The new Pan Americanism, or, perhaps it were better to say the old Pan Americanism in its new form, finds sanction in Argentina by the assertion of a great many principles wh'ch have invariably inspired and dictated its international policy. If we review the diplomatic history and the substantial contributions of Argentina to the cause of true Pan Americanism it will be seen that the guiding influence of all its policies has been the ideal of justice and peace which to-day forms the common sentiment of all the Americas.

ARBITRATION.

The Argentine Republic has secured a leading place in the council of nations for the activity and interest it has invariably shown in favor of international arbitration—not voluntary or optional arbitration, but compulsory. The Irygoyen note, in answer to the invitation of the Government of Colombia to the congress of 1881, set forth: "That arbitration is certainly a noble aspiration of the present day, and the Argentine Government can point with pride to its indorsement, from an early date, of that measure which wisely reconciles the requirements of justice with the generous sentiment of mankind. It had occasion to stipulate for it with the most excellent Government of Chile, in 1856, to settle boundary disputes then existing and those which might thereafter arise. It declared, in 1874, in official documents published to the world, that it was 'resolved, with or without treaties, to settle all international controversies by arbitration,' and, faithful to those declarations, it submitted, in 1876, its differences with Paraguay to arbitration, after a long war pursued for reasons of honor and of security, in which its arms and those of its allies completely repelled the advances of that nation."

This pacific spirit, as Alvarez states, has placed Argentina among the countr'es of the world that have entered into the greatest number of treaties of general and compulsory arbitration. The Argentine delegation to the Pan American Congress at Mexico presented a brilliant document in which an exhaustive review was given of its treaties of arbitration and of its references to arbitrable justice and arbitrable jurisdiction in America. It was added that "the day will arrive when all the arbitrable jurisdiction will be inclosed within a single article of universal positive law, compiled in analogous wording to that of the treaty celebrated between Argentina and the Kingdom of Italy on the 23d of June, 1898." The treaty provides that "the high contracting parties hereby obligate themselves to submit to arbitrable judgment

all disputes of whatever nature that from any cause whatsoever may arise between them during the existence of the present treaty, in regard to which no friendly solution may have been attained as the result of direct negotiation. It matters not that such controversies may have originated in circumstances which may have sprung from facts anterior to this stipulation in the present treaty."

This is the treaty to which Alejandro Alvarez refers when he says that it created a sensation in the political world on account of the generality of its terms and the exclusion of all exceptions as to the nature of the conflicts to be settled. Compulsory arbitration was also approved by the first Pan American Congress at Washington in reference to which Blaine said, "If this congress had only one of its acts to be proud of we should call the world's attention to the reasoned, confiding, and solemn consecration by the two vast continents of the maintenance of peace and of prosperity, the offspring of peace. We look upon this new Magna Charta, which suppresses war and substitutes arbitration among American Republics in its place, as the first result and the most important one of the international American congress."

THE PRINCIPLE OF CONQUEST, ANNEXATION, AND SECESSION.

The Irygoyen note reminds us, however, that pacts of arbitration do not by themselves afford sufficient guaranty of the preservation of peace. It is, therefore, necessary to eliminate the principle of conquest from American public law as the first step that will assure continental solidarity. The note in question is so pregnant alike with sound diplomatic views and humane principles that I make free to quote at some length from that historic document. Dr. Irygoyen affirmed:

It is necessary expressly to declare unlawful all attempts at conquest or forcible annexation that will be likely to raise permanent obstacles to future stability. Some governments have embodied in their treaties clauses providing for such cases, and it is recognized among the doctrines intended to preserve the general order that forcible separations are prohibited, as every act of that nature requires the consent of the nation in which it takes place. The division of Colombia into three independent republics was sanctioned by that country. The Provinces of Potosi, Chuquisaca, Cochabamba, and La Paz, belonging to this Republic, became in 1825 a part of a new Republic of Bolivia by act of the Argentine Congress, and the rich territories which were segregated to constitute the Republics of Uruguay and Paraguay were legalized by the will of the nation. The Argentine Government believes that the principle here enunciated should be upheld by express agreements. It was maintained by the United States of the North in their memorable struggle against the seditious theories of nullification; while for Colombia the Liberator declared "that the separation of any State or Province without the consent of the political society to which it belongs would be an act of anarchy." The Government of Argentina believes that it would be advisable to have it established in international agreements that in Spanish America there are no territories which may be considered res nullius and that all territory embraced within its areas, however deserted or far removed it may be, belongs to the former Spanish Provinces invested after 1810 with the rank of free and sovereign States.

This elimination of the right of conquest was merely a repetition in unequivocal terms of principles cherished by Argentina almost from the beginning of its national existence. The most impressive act of all was its presentation by the Argentine and Brazilian delegations to the first Pan American Congress at Washington. It is the principle embodied in this proposition that, in the valued opinion of Bassett Moore, gives the key to the solution, so long sought, to settle conflicts and wars. The synthesis, however, of this spirit of equity and a desire for continental peace—and perhaps a universal one—is to be found in the essentially Argentine maxim "victory bestows no rights."

THE DRAGO DOCTRINE.

The Drago doctrine, which may be said to be supplementary to the doctrine of Monroe, was formulated, as is well known, as a result of the coercive action exercised in 1902 by a number of European powers against Venezuela. The cardinal principle of the doctrine is that public debts give no right to armed intervention or to a material occupation by a European power of American territory. As Olivera Lima says in his book on Pan Americanism, this doctrine or policy was welcomed by the world's authorities on international law and recognized by them as a principle of effective and real value in the life of the continent as well as that of the world in general, as was proved by the fact that the theories formulated by Dr. Drago were accepted, with very slight modifications, by the international peace conference at The Hague.

NON-INTERVENTION.

Although the Argentine Republic has always faithfully and consistently opposed the policy of intervention in the internal affairs of any of her sister Republics, it is not to be assumed that this view has been maintained without difference of opinion amongst Argentine publicists, especially as so distinguished an authority as Alberdi recommended the inclusion in the public law of the continent of the principle of intervention. Yet there is no doubt that the prestige and influence of the Argentine Republic in the American family of nations has been considerably augmented by its adoption as a national policy of the principle of non intervention. That Republic has never failed to urge international respect for the sovereignty of each of the American States, and by the proctocols of Niagara Falls, the recognition of Carranza, and the contemporary note of Minister Murature its policy of nonintervention stands definitely consecrated as a plank in the Argentine platform.

Our great international jurist, Calvo, who claimed that the independence of the States with all the corresponding rights must be absolute, clearly laid down the points which usually constitute a ground for intervention, but, at the same time, he made it clear that intervention, for whatever reasons, either in the external or internal affairs of another country, was distinctly opposed to the spirit of the Argentine principle. Intervention may be diplomatic, pacific, armed, official, or officious, and some publicists only recognize armed intervention as the true intervention in international law. Thus, there is such a divergence of general view upon this subject that it becomes unnecessary to enter into it in detail in this review of Pan Americanism. Suffice it to add that the French intervention in the River Plate from 1838 to 1840, the Anglo-French from 1848 to 1850, and the joint action of England, France, and Spain in Mexico which furnished the occasion for the invasion and occupation of American soil by European nations, give additional reasons for agreeing with Calvo that the principle of nationality established the principle of nonintervention, although that does not exclude the right of one State to seek aid at the hands of another when its forces are inadequate to the maintenance of its independence or its autonomy free from foreign domination. There should, however, be a fine distinction drawn between the terms "mediation" and "intervention," especially having in view the misunderstandings which arose during the recent mediation in Mexico by the errors of a large section of the press and public in regard to this point.

THE RIGHTS OF NEUTRALS.

On the 16th of July last there appeared in The North American, of Philadelphia, an editorial upon the address delivered by Ambassador Naon on the

important question of the rights of neutrals, and for the fulfilment of the purpose of this paper it is perhaps desirable that I should quote briefly from the ambassador's address as well as from the significant comments which it drew forth from the periodical mentioned. Said the ambassador:

The interests of the countries not involved in a conflict of arms are as sacred as those of the belligerants. The mission of neutral countries in time of war is to maintain the progress of the world and to conserve their moral and material energies as a nucleus for the reestablishment of the disturbed equilibrium. This social mission, which is as much imposed upon them as the defence of their sovereignty, becomes of increasing demand in the enforcement of the integrity and the rights of neutrals. If their rights and those of the belligerents are in conflict, a spirit of justice, a sentiment of humanity, and practical reasons of high politics demand that the rights of neutrals must prevail, because their mission is one of progress and of conservation. The rights of belligerents terminate where those of the neutrals begin.

This brief extract from Ambassador Naon's brilliant advocacy of the rights of neutrals not only discloses a keen perception of what must become a world question when the present war ends, but also discloses the wisdom and justice of the Argentine policy in international questions. In the expression of its views upon the address I have quoted, The North American says:

It has fallen to the lot of a Latin-American, Ambassador Noan, of the Argentine Republic, to declare in irrefutable terms what some day must be the judgment of humanity in regard to the rights of neutrals. The principles which the ambassador enunciated in his address are destined to become a human document as vital and as historical as the Declaration of Independence or the Gettysburg speech.

THE CALVO DOCTRINE.

In the opinion of Bassett Moore, the Calvo doctrine relating to the responsibility of governments with reference to acts of insurgents beyond their control is a veritable Argentine doctrine; and it is with patriotic pride that I point to the fact that the dicta of Calvo, in this connection, have found their way into the works of Hall, Westlake, and Wharton, as likewise they have been adopted as a general rule of international law, already laid down in the decisions of various claims commissions and local courts. In Bassett Moore's Digest of International Law the Calvo doctrine is given in Calvo's own words, translated into English, as follows:

Are or are not governments responsible for losses and injuries experienced by foreigners in times of internal disturbances or of civil war? This question has been a long time discussed and is finally resolved in the negative * * *. To admit in this case the responsibility of government—that is to say, the principle of indemnity—would be to create an exorbitant and pernicious privilege, essentially favorable to strong states and injurious to feebler nations, and to establish an unjustifiable inequality between nationals and foreigners. On the other hand, in sanctioning the doctrine which we combat, we should do, although indirectly, a deep injury to one of the constituent elements of the independence of nations, that of the territorial jurisdiction; just here, indeed, is the real bearing the true significance of the recourse so frequently taken to the diplomatic channel for the purpose of resolving questions whose nature and the circumstances in which they are produced place them within the exclusive domain of the ordinary tribunals.

This has been the principle adopted by the Spanish-American Republics, according to the opinion of Pradier-Fodéré, who declares that the same principle has been introduced into other treaties and cites, as an instance, article 30 of the treaty between Peru and Argentina of March 9, 1874, which provides that:

As a consequence of the established principle of equality in virtue of which the citizens of each of the high contracting parties shall enjoy in the territory

of the other the same rights as nationals, * * * the damages caused by factions or by individuals, and in general by accidents of any nature whatsoever, shall not give rise to any right of special indemnity, the governments of the two Republics being obliged to accord to each others' nationals only the same protection of person and property as is accorded by the laws to their own citizens. The same provision is found in article 28 of the treaty between Colombia and Peru of February 10, 1870; but it is added that diplomatic intervention may take place when the protection due to foreigners shall not have been given, either because their claims have not been examined or because they were rejected with manifest injustice; and, besides that, diplomatic intervention shall be admissible only when all legal remedies shall have failed. He states that article 10 of the treaty between Peru and Bolivia of November 5, 1852, stipulates that the citizens of the contracting parties shall not claim indemnities "for casual accidents occurring without the fault of the constituted authorities."

Wharton states that a sovereign is not ordinarily responsible to alien residents for injuries they receive on his territory from the belligerent action of insurgents whom he could not control, or whom the reclaiming Government had recognized as belligerents. Calvo, in confirmation of his own view, cites the opinion given in 1849 by Baron Gross at the time of his special mission to Greece for the adjustment of the famous pecuniary claims of Don Pacifico. He also quotes the opinions of Rutherford and of Webster in the case of claims of Spain against the United States as a result of some disorders which had occurred at New Orleans in 1851. Hall, as quoted by Bassett Moore, expresses the same view, citing also Bluntschli and Calvo. Bassett Moore, in his work on International Arbitration, gives the case of John H. Hanna, a British subject, who filed a claim against the United States for some merchandise destroyed by the Confederate military authorities prior to 1863. The mixed commission, in the terms of article 11 of the treaty of Washington of May 8, 1871, decided that the United States might not be held liable for the injuries caused by the acts of rebels over whom they could not exercise any control and whose acts they had no power to prevent.

This very superficial examination of the inception and later development of the doctrine, whose paternity Bassett Moore attributes entirely to Calvo, is wholly inadequate as an indication of the valuable contributions to international law of that eminent Argentine; but it will serve the object of showing in a slight degree the important part that has been taken by the Argentine Republic, not only in its espousal of the cause of Pan Americanism, but also in tending to assist the development of international law in matters of universal importance.

PAN AMERICANISM AS A CIVILIZING FORCE.

Pan Americanism, as here outlined, is the suma ratio of the public and international law of the continent, and may be regarded as the expression of the common aspiration of all the nations of America. It is the result of the application of international cooperation in the relations of heterogeneous nations and it is established to protect the common interests which, by their importance and number, render it necessary that there should be adopted a single and indivisible policy for the protection of all. Such a policy based upon the spirit of democracy which is dominant throughout the continent in spite of racial, temperamental, and traditional differences can not fail to lead to the attainment of peace and progress or to inspire the work of the new civilization in its forward march—a civilization that will not be founded on prejudice or caste, but on the virtues of honest labor, whose soul will always be the soul of America—democracy.

THE RÔLE OF AMERICA IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW.

By L. S. ROWE,

Professor of Political Science, University of Pennsylvania.

To the historian of international law the year 1915 will stand forth as marking a crisis in the development of the spirit of legality, similar in many respects to the crisis of the early years of the nineteenth century. It is too early to predict the condition in which our system of international law will emerge from the present conflict, but it is evident that this condition will depend in large part on the attitude and policy of America. It is no less clear that at the close of the present struggle the system of international law must be subjected to revision of a far-reaching character. The lack of harmony between the rules of international law and the conditions of modern warfare has been a source of constant irritation, and it is of great importance to the world's peace that these causes of irritation be removed.

Whatever may be the nature of these changes, it is evident that the pressing, immediate problem is to preserve the existing fabric of international law, and to await the termination of the war before any radical changes are undertaken. The civilized world, and particularly the neutral nations, look to America to assume the leadership in the performance of this world service. That the United States is called upon to play an important part in the performance of this service is attested by the contributions of this country to the development of international law during the nineteenth century. These contributions point the way to the larger rôle which we are now called upon to play.

We sometimes take for granted that there is an inherent and inevitable tendency of international law constantly to develop toward a higher and higher plane, and forget that there have been several periods in history during which the achievements of one epoch have been sacrificed by its successor. The shifting of the equilibrium of power from the basin of the Mediterranean to northern Europe is probably the most striking illustration of the loss involved when belligerent interests find no countervailing force.

The situation which confronts us to-day marks another epoch in the development of international law. The issue is clearly and definitely formulated: Shall the interests of belligerents reshape and determine the fabric of international law, or shall neutral interests become an increasingly dominant influence in establishing the rules that shall govern the relations between States?

Recent events in Europe have placed a new aspect on the part which America is called upon to play in the development of international law. The appeals of all the contending parties to accepted legal principles as justification for their respective policies is sufficient indication of a deeply rooted respect for the "opinion of mankind," which is, in the last analysis, the basis of the spirit of legality, both in municipal and in international law.

In spite of the constant appeals to established legal principles by all parties, there is noticeable a disquieting and dangerous tendency to encroach upon those neutral rights, the observance of which represents the results of a long and bitter struggle, marking one of the great achievements, if not the greatest achievement, of the nineteenth century. The broadening of the rights of neutrals has been accompanied by a corresponding development of neutral obligations. Viewed from the broadest possible standpoint, the development of neutral rights and obligations represents the most important step, first in narrowing the area of conflict, and, second, in develóping that world spirit

of legality and settled rule which is the fundamental as well as the ultimate purpose of international law.

Under the guise of adapting the principles of international law to the new conditions of warfare, the policy pursued by the parties to the present conflict has not only undermined the basis of neutral rights, but threatens to destroy the hard-earned gains of the nineteenth century. We are apt to forget at times that the recognition of neutral rights is a matter of so recent development that it represents the least stable division of international law. It is becoming increasingly evident, furthermore, that the interests of advancing civilization are so closely bound up with a broadening recognition of the rights of neutrals that the defense of the ground gained during the nineteenth century acquires a new significance and a new dignity.

It is this situation that places upon the Republics of the American Continent a new and far-reaching obligation. Their defense of the rights of neutrals will be all the more effective if they are conscious of the fact that in making such defense they are at the same time furthering the higher interests of humanity. There is a noticeable tendency in the State documents issued by the parties to the present struggle to take the view that while neutral rights are all very well in their way, they can only be recognized in so far as they do not interfere with the effective waging of war. It is this spirit which dominates the British proclamation of November 2, 1914, the German declaration of February 4, 1915, and the British order in council of March 15, 1915. In reading these documents one has the impression of being thrown back into an earlier and more primitive period. Even in language there is a striking similarity with some of the documents issued during the Napoleonic struggle. It requires little or no effort to understand the point of view which has dictated these documents, and one can not even repress a certain sympathetic understanding of measures which are undoubtedly intended either to safeguard fundamental national interests or dictated by considerations which are believed to be necessary to national self-preservation. But it is also well to remember that Napoleon, as well as Great Britain, was quite as sincere in 1807 as are the belligerents in the present struggle, and that had it not been for the "armed neutrality" on the one hand and the influence of the United States on the other the last vestige of neutral rights would have disappeared, and with such disappearance civilization would have descended to a distinctly lower plane.

International as well as municipal law develops as a result of a compromise between conflicting interests, real or imaginary, and to allow any State or group of States in the society of nations to pursue a policy in flagrant disregard of the rights of third parties is to destroy the basis of law and order. It is this situation which places so heavy a responsibility on the Republics of the American Continent. By the inevitable logic of events they have become the only effective defenders of neutral rights, and unless they unitedly respond to the call they will become accomplices in the destruction of that delicate fabric of international law which represents the triumph of world interest over selfish national design, and which is the expression of the spirit of social order in international affairs.

The obligation assumes the character and dignity of a world duty, and can only be effectively performed through the united action of the American Republics. It is true that the interests of the neutral nations of Europe are in many respects similar to our own, and there is every reason to hope and expect that they will support the united policy of the nations of the American Continent. There is, however, much to be gained in giving to the principles which

we are prepared to support a distinctive American background, and in emphasizing the fact that in the present crisis of the world's affairs the Republics of America have not only become the special guardians and custodians of neutral rights but are also prepared to fulfill with no less zeal every neutral obligation. The world service which the Republics of America are called upon to perform, through their united action, is of a twofold character:

First. They must firmly and unitedly maintain those neutral rights which have received the sanction of long-continued practice and observance; and

Second. They must be prepared to carry one step further the law relating to neutral rights and obligations.

As regards the first point, we can not hope to make much progress unless it is possible firmly to establish the principle that belligerent convenience is no adequate basis for a system of international law, and that, in fact, such a principle is destructive of all law.

The most notable advances in international law have been made because of the increasing importance of neutral interests and the compromises which belligerents have been compelled to make because of this fact. With each conflict there is evident a tendency on the part of belligerents to undermine, usually through forced and unnatural interpretation, the accepted principles of international law, and it is only when this tendency is opposed by the definite and concerted assertion of neutral rights that the international legal structure is maintained. This situation makes the concerted assertion of neutral rights in the present crisis a matter of vital importance, in view of the manifest and natural tendency on the part of all belligerents to make belligerent convenience the sole and final test of legality.

At no time since the Napoleonic struggle has such an opportunity offered itself to the neutral countries of the civilized world. The Republics of the American Continent should lose no time in reaching a clear and definite agreement as to the rights which they are prepared to maintain. So strong has become the influence of world opinion on the action of individual States that such a concerted and united action would have a far-reaching effect in preserving the rights sanctioned by law and usage and, after the close of this conflict, in securing the recognition of new principles which, by reason of their influence in narrowing the area of conflict, are calculated to promote the broader interests of civilization. It would have been a splendid example of continental solidarity if at the outbreak of the European war the delegates of the Republics of America had assembled and remained in permanent session for the maintenance of neutral rights as well as to consider the scope and limits of their neutral obligations.

"What," it will be asked, "are the specific things for which such a league of neutrals should strive?"

It would involve too great an encroachment upon your time to take up, with any degree of detail, the specific rights which should be made the subject of concerted action. Such a discussion would in reality involve a commentary on the entire law of neutrality. The real point that I wish to make is that we should learn to think and act "continentally" on these great basic questions which affect so intimately the spirit of order and legality in international affairs. It is undoubtedly true that the modern conditions of maritime warfare call for a modification of certain of the accepted principles of international law, but if the extent and character of such modifications are to be determined exclusively by belligerent convenience, we are certain to descend to a lower plane in the adjustment of international relations. It may well be that the declaration of Paris requires revision and that the declaration of London no

longer meets present needs, but in such revision the voice and influence of nonbelligerents should be heard and given due weight. Probably the most pressing questions upon which neutral action is necessary are:

First. Shall we admit the right of belligerents indefinitely to extend the list of contraband articles, so that the distinction between absolute and conditional contraband practically disappears?

Second. Shall we accede to the rule that the doctrine of continuous voyage can under any circumstances be applied to conditional contraband?

Third. Shall we admit of the refining away of the distinction between a "naval or military base," and all the other ports of a country, so as practically to destroy the distinction?

Fourth. Shall we agree to a reestablishment of the old rule of the Consolato del Mare, that enemy goods on board neutral vessels are liable to capture, even if such goods are not contraband of war?

Fifth. Shall we accede to the new definition of blockade, and to the penalties attached to the violation thereof?

Sixth. Shall we agree to the new interpretation placed on the "right of search"?

Seventh. Shall we tolerate the hovering of belligerent cruisers near the territorial waters of the Republics of America?

Eighth. Serious consideration should also be given to the plan proposed by the Museo Social Argentino, which has aroused much discussion in the countries of South America. This important organization proposed, soon after the outbreak of the war, that steps should be taken by the Republics of America to eliminate belligerent operations from American waters, and also to secure the freedom of all purely inter-American commerce, irrespective of the question whether such commerce was carried in neutral or belligerent bottoms. While this represents a most important extension of neutral rights, the recognition of such a principle would have avoided much unnecessary suffering inflicted on the American Republics by reason of the European conflict.

These are all questions the mere formulation of which indicates how deeply they affect the structure of international law. In a period characterized by extreme retaliatory measures by all parties to the conflict, it is not likely that any real and permanent results can be secured in preserving the structure of international law unless the efforts receive united support.

It is also incumbent upon the Republics of America to give due consideration to the question of neutral obligations. The unsatisfactory condition of the law in this respect has been illustrated time and again during the course of this war in the abuse of the hospitality of neutral ports to secure coal, supplies, and provisions for belligerent squadrons. While the letter of the law has been complied with, its spirit has been constantly violated, and the question now presents itself with renewed insistence whether important modifications should not be introduced into the law regulating the obligations of neutrals in order effectively to guard against such abuses.

The outbreak of the European war came so unexpectedly, dealing such a severe blow to the economic and financial interests of all the Republics of America, that the first period of bewilderment was followed by a period of anxious questioning with reference to their position as neutrals. The uncertainties and anxieties of the situation were increased by the presence of belligerent squadrons in the south Atlantic and south Pacific. The question of the interpretation of the rules relating to the shipment of supplies ostensibly shipped in pursuance of legitimate commercial transactions, but in reality intended for belligerent cruisers on the high seas, presented a problem so difficult and delicate that

no one country could hope alone to grapple with the problem in a satisfactory way. Similarly the question of preventing the ports of America from becoming bases of operation was an exceedingly difficult one owing in part to the extended coast line, and partly to the inadequate facilities for patrolling the same. It was here that the opportunity presented itself to the Republics of America to assume a real position of leadership in the preservation of international law.

When the war broke out all arrangements had been completed for the assembling of a Pan American conference in Santiago, Chile, in October, 1914. The machinery was, therefore, ready for the holding of a congress of neutrals which might have performed a great service in the more definite formulation of neutral rights and neutral obligations. The healthful restraint imposed on belligerents by reason of the presence of vigorous and united neutral interests has been lacking, and the result has been a marked and disquieting decline in the standards of international dealings.

Although the most effective moment for united action by the neutral nations of America would have been immediately after the outbreak of the European war, it is not too late to repair at least some of the damage that has been done. The machinery for such a conference is at hand in the international commission of jurists provided for by the Pan American Conference of 1910. This body should be called immediately and remain in permanent session as a congress of neutrals until the close of the war. Its deliberations and conclusions should have to do with the rights which the neutral nations of America are prepared to maintain and the obligations which they are prepared to fulfill. The mere fact that such a congress is in permanent session can not help but have a far-reaching effect on the policy of the belligerents. Not only would such a Congress serve to preserve the spirit of legality, but it would give to the world an example of international solidarity which would mark an epoch in the history of international relations. To allow such an opportunity to slip by is to prove ourselves unworthy of the great mission entrusted to the free nations of America and to proclaim ourselves unable to defend the highest interests of civilization.

ARE THERE SPECIFIC AMERICAN PROBLEMS OF INTERNATIONAL LAW?

By JOHN FOSTER DULLES.

In considering such a subject as that which is our topic much depends upon definition. What is meant by "specific American problems"? What characteristics must be present before a problem can properly be termed "peculiarly American"? Is it enough, for instance, that a problem be created by economic conditions which for the time being at least exist almost exclusively in the American States? There are such problems. Take, for example, problems flowing from immigration, or the acquisition by individuals of a new nationality. At this particular period in the world's history it is the American States above all others which attract and are able to absorb a large inflow of population from other States. In a certain sense, then, these problems are peculiarly American, but only, I think, in a somewhat superficial sense. The conditions creating these problems exist, to be sure, largely in the American States, but this has not always been the case. It will not always be the case. It is not exclusively so to-day. Moreover, these problems may be stated abstractly with no reference whatever to any nationality. An American State is not essential

to the creation of the problem. It is a mere accident that America happens to be its setting. Nor is it even accurate to refer to the American States as the situs of these problems, if by so doing it is meant to imply that they involve only or are a matter of unique interest to the American States. Consider immigration: What is to the American States immigration is to non-American States emigration. What presents itself to the American States as a question of the acquisition of a new nationality is to non-American States the question of the divesting of any existing allegiance. Such problems as these can not, therefore, be termed peculiarly American, either in the sense that an American State is required as a necessary condition to the existence of the problem itself, or in the sense that these problems interest the American States exclusively, so that the principles governing their solution may be developed by the American States without regard to the views of non-American States.

Are there not, however, problems which are American in a more fundamental sense? Do there not exist problems which can not be stated even abstractly without reference to an element necessarily American in character?

Underlying the question which is the subject of discussion, there is a concept which I would consider—namely, that there exists among the American States some sentiment of solidarity, which sets them apart from other nations of the world. The most important early expression of this sentiment may be found in President Monroe's message of 1823 to the Congress of the United States. Following this message came the Congress of Panama in 1826. In 1847 was held the Congress of Lima. Scarcely a decade has passed since that date without one or more congresses of like nature at which American States exclusively have participated and at which were discussed matters of an international character affecting, or thought to affect, the vital interests of one or more American States. Consider, on the one hand, the fact that, during the last 90 years, almost a score of such international conferences have been held to deal with international problems from the point of view of the American States, and that at no one of these conferences has a non-American nation participated or been invited to participate. Consider, on the other hand, that at none of the international congresses held during the same period at which European nations have participated have the American States generally joined in, except at the Second Hague Peace Conference.

Such a state of facts can not be explained as accidental. It is charged with significance. It points indeed to the existence of some powerful underlying cause. This cause I believe to be what the late Senhor Nabuco so admirably expressed as "the sentiment of our own separate orbit, of an orbit absolutely detached from the European, in which Africa and Asia, not speaking of Australasia, are moving."

I refer to this series of international conferences as constituting a notable illustration, where no argument is needed, of the existence of some sentiment of American solidarity. The vigor of this sentiment is strikingly attested by its persistence for so long a time and throughout so great a territory, in the absence of any authoritative expression thereof, and in spite of a comparative lack of commercial and social intercourse between many of the American States. If this sentiment does exist, and does give indications of permanency, it must be recognized as a force to be taken account of irrespective of speculation as to the logic of its existence.

Assuming, then, the existence among the American States of some sentiment of a common personality, distinguishing them from the other nations of the world, let us consider whether this may not prove to be the source of certain fundamentally American problems of international law.

When we speak of "solidarity" we are using a word the import of which is most significant. Solidarity by very definition means ability to resist—to resist external forces tending to penetrate and draw apart. When, then, we speak of "American solidarity," we assume the existence, actual or potential, of forces whose tendency is toward penetrating into and drawing apart the American States. We further assume a resistance of the American States to these forces.

We need not attempt to enumerate exhaustively all of the forces resistance to which constitutes American solidarity. But in our search for fundamental American problems of international law it becomes of the utmost importance to determine whether any of these resisted forces are forces recognized by international law, or forces which in practice operate toward the solution of international differences. If this be the case, our analysis will have disclosed the existance of problems strictly American in character—problems indeed created by the existence of a sentiment necessarily and exclusively American.

It is an unfortunate fact that, to date, considerations of justice and of fair dealing have not been the sole or even the most important factor leading States to arrive at a solution of their differences. Even a hasty survey of the history of international relations during the past century is sufficient to disclose the prominent part which physical force has played as a means whereby States have been induced to reach an accord. In many instances such force has actually been applied, as in "pacific" blockades, punitive military expeditions, and even in war itself. In a far greater number of cases it is the menace of force, possibly expressed, as in a military demonstration, or perhaps more subtly suggested, which has proved effective.

Not only has force been, in practice, a most effective instrument toward the settlement of international disputes, but the employment of force has to a considerable extent been recognized and approved in theory. No treatise on international law is deemed complete which does not deal with such matters as "pacific" blockades and reprisals and retorsions of various characters. The right of one nation, in the absence of treaty prohibition, to make war upon another is, I believe, universally recognized. Such objections as are raised to "pacific" blockades and like displays of force relate not so much to the right of a State to employ these measures as to the theoretical question of whether they constitute in fact "measures short of war" as they are often termed. Seldom, indeed, is even theoretical disapproval expressed of the admitted fact that force, applied or threatened, is the one great influence which to-day leads nations to compose their differences. We must note, furthermore, that any actual employment of force by one nation against another involves, as a distinct possibility, an impairment of the sovereignty of one of the States involved. Any threat of force to be effective must carry a like implication.

Consider, again, not the means to induce the acceptance of solutions but the solutions themselves which have in the past frequently been adopted as the outcome of international differences. These have included cessions of territory, the granting of spheres of influence, guaranteed neutralization, the right to maintain extraterritorial courts, the granting of control over foreign affairs, and other solutions of like character, all involving some derogation of the sovereignty of one of the States involved. Not only has this been so in practice, but there are few, if any, theoretical treatments of this subject which would exclude wholly impairments of sovereignty as a term of the solution of international differences. Certainly, in the absence of treaty stipulation, such solutions are permitted if war precedes this result.

Both means and results heretofore conspicuous in the settlement of international disputes are thus of a penetrating and distracting character. Are the forces represented thereby among those which give significance to the term "American solidarity"?

American history furnishes many instances illustrative of the attitude of the American States toward a threatened impairment of the sovereignty of one of them by a non-American State as an incident of the solution of an international difference. I should like, however, to refer to the attitude of the American States as disclosed at the Second Hague Conference. The formal diplomatic character of this conference was such that any disclosures of policy there made would have peculiar significance.

One of the most important subjects considered at the Second Hague Conference was the employment of force in the collection of contractual debts. This subject had obtained considerable prominence through the action of certain European powers in blockading the ports of an American State in an effort to secure the collection of debts owing their nationals. The action of the European nations in this instance constituted a typical example of the employment of force as a means of bringing about the solution of an international difference. Yet this action met with strong disapproval on the part of all the American peoples. When, then, there was presented to the Second Hague Conference a proposition designed to limit the employment of force in the collection of contractual debts, it received the united and enthusiastic support of the American States. Their only reservations on adhering to the final convention embodying this proposition arose from the fact that the convention did not, in their opinion, go far enough in excluding the utilization of force as a means of bringing to a solution international differences of this character.

Another proposition considered at the Second Hague Conference was that relative to the creation of a permanent court of arbitration. This proposition in the various forms in which it was presented involved, as one feature, a small court to be composed largely of European judges. If adopted in any one of these various forms it would thus have contemplated the submission by American States of differences with non-American States to a tribunal substantially non-American in character. This feature of the proposed arbital court evoked the vigorous and united opposition of almost all of the American States, and it was this opposition directed against this particular feature of the proposed court which prevented its adoption in any effective form.

While many motives doubtless underlay this opposition, it can be attributed in considerable part to a certain vague apprehension lest a court constituted as proposed might prove a non-American influence powerful enough and which might tend to impair the political integrity of an American State.

Not only was the sentiment of the American States at the Second Hague Conference disclosed by their attitude toward the two propositions I have referred to, but one American State, by means of a reservation to a convention, expressly created an occasion for it to reaffirm its "traditional attitude toward purely American questions." This reservation has commonly been understood to mean that the State making the same opposed any permanent control by a non-American State of either the territory or political destiny of an American State, and that such opposition existed irrespective of whether such control might seem to come as a normal incident to the solution of an international difference, or otherwise.

The Second Hague Conference can, I think, fairly be said to have disclosed an attitude of opposition on the part of the American States as a whole to

influences which, though sanctioned by international law and practice, would permit of the impairment by a non-American State of the sovereignty of an American State. No generalization should, of course, be drawn from any one event. The attitude of the American States as disclosed at the Second Hague Conference is, however, wholly consistent with the well-known and repeated expressions of American solidarity which have been voiced at the various American congresses and upon other occasions of international interest. To such an extent is this true that we are, I believe, warranted in concluding that among the penetrating influences which American solidarity opposes are included all those forces which, while facilitating the solution of international differences, involve some territorial or political impingement of a non-American nation upon an American State.

If this conclusion is correct we have a special problem of international law—namely, a problem created uniquely by the determination on the part of a group of States to oppose forces which have heretofore operated toward the solution of international differences. This problem is American in the most fundamental sense, since the group of States whose attitude creates the problem comprises all of the American States, and them alone.

This problem is furthermore one of first magnitude. I have already referred to the extent to which solutions of international differences have in the past involved to some degree an impairment of the sovereignty of one of the States concerned. In the case of a difference between an American and a non-American State, American solidarity would oppose any such solution to the detriment of an American State. Reference has been made to the prominent rôle which physical force has played as a means to the solution of international differences. There may be conditions under which force might be employed without technically constituting an influence which American solidarity would oppose. It must be recognized, however, that any such employment of force is so charged with the possibilities of permanent domination that it would undoubtedly become a subject of grave anxiety to the American States as a whole. Without question, the tendency of American solidarity is to eliminate wholly force as a means whereby American States shall be induced by non-American States to accept a solution of their differences. Yet, is it recognized that what the American States would thus eliminate is in fact the one great driving force which has in the past been leading nations to compose their differences?

The importance of the problem thus created is still further enhanced by the geographical field of operation of the sentiment which creates it. Within a circle of a radius of less than 750 miles are found all or parts of 12 independent American States, exclusive of colonies. No one of these States has a population equal to that of Belgium. The territory included in this imaginary circle lies at the junction of the great American Continents and of the Atlantic and Pacific Oceans. It is, thus, territory which is bound to become of the most tremendous strategic value. If anything can be taken as proved by history it is this, that small States, occupying positions of world-wide strategic value are, irrespective of their own desires and conduct, forced to become the centers of very frequent and most virulent international disputes. At no time and at no place has there ever before been presented, in any comparable degree, a situation so pregnant with the possibilities of international discord as that presented by these 12 American States situated about the Isthmus of Panama. Thus America presents a geographical situation which must be expected to breed international disputes more numerous than normally to be expected between nations. At the same time the American States have adopted a policy which

involves resistance to forces which we have seen have heretofore been most conspicuous in the solution of international differences.

Here, then, is our problem. Whither will the opposing forces that create it tend? Will American solidarity, operating as a negative resistant force, render impossible of any solution many of the differences which are bound to arise between American and non-American States? Such a result would be wholly unjust to the non-American States involved and would not be tolerated by them. Will this aspect of American solidarity have to be abandoned, or will it be broken down by force, so as to permit of such means of solution as it forbids? It would seem that this result must follow, unless as an alternative there be adopted by the American States a constructive program which shall result in quickening international law and arbitral procedure into such an active, resourceful, and respected force that it will be able to bring to a solution, not inconsistent with American solidarity, the many and difficult problems with which it will have to deal.

The cardinal features of such a program are fixed by the requirements of the situation which calls it into being. The scope of the problem of how to solve international problems should be restricted by curtailing the origination of such problems. Since all American States are contributors toward and beneficiaries of the sentiment of American solidarity, it would seem proper that any situation tending to create international differences with non-American States should receive the thoughtful consideration of all of the American States.

But despite every effort to avoid international differences, some are bound to arise. Given such a difference, American solidarity tends to eliminate force as an influence leading toward its solution. There must then be created a substitute influence, or else the need of any compelling force whatever must be obviated through a spontaneous desire on the part of the American States to adjust their differences and a willingness to adopt any reasonable method of arriving at the terms of adjustment.

American solidarity opposes the adoption of any solution of an international difference which involves the acquisition by a non-American State of control of the territory or government of an American State. Means must be developed whereby the necessity of any such solution will be obviated. It might, for instance, be suggested that if ever some temporary derogation of the sovereignty of an American State were demanded to accomplish a result which a non-American State was entitled to secure, such derogation might be accomplished through the intermediary of other American States acting for this purpose in a quasi-trustee capacity.

The foregoing is but the barest indication of what a solution of the international problem created by American solidarity may involve. It will be seen that it opens up for consideration not only such matters as the creation of new methods to bring about the solution of international differences, but also the question of whether the united opposition of the American States to forces heretofore recognized by international law and practice should not create a special relationship among them, whereby, through mutual advice and assistance, the acuteness of differences with non-American States may be tempered. Certainly it is appropriate that subjects such as these should receive the thoughtful consideration of this congress, especially where it appears that the adoption and consummation of some such program is essential as the constructive complement of the negative principles embodied in the sentiment of American solidarity.

The CHAIRMAN: The following papers will now be presented as read by title:

¿ Ha problemas especialmente americanos de direito internacional? by Manuel Tavares Cavalcanti.

¿ Ha problemas especialmente americanos de direito internacional? by Chrysanto Freire de Brito.

Problemas internacionales americanos, by Luis Alfredo Otero.

¿ Hay problemas de derecho internacional especialmente americanos? by Manuel Castro Ramírez.

HA PROBLEMAS ESPECIALMENTE AMERICANOS DE DIREITO INTERNACIONAL?

Por MANUEL TAVARES CAVALCANTI,

Professor da Escola Normal de Parahiba, Brasil.

A resposta á pergunta supra deve repousar sobre a solução de uma questão preliminar sem a qual não parece rasoavel fazer-se o estudo de qualquer ponto de Direito internacional. Esta questão é a seguinte: haverá mesmo um Direito internacional? Por outros termos: Serão juridicos os preceitos dessa disciplina a que falta a segurança de uma coacção legitima, resultante de uma organização judiciaria internacional e de um poder mais alto que os Estados, o qual dê cumprimento e execução ás sentenças?

Não precisamos descer á minudente explanação mais erudita e theorica do que pratica, dos argumentos invocados *pro* e *contra* a existencia do Direito internacional. Para que possamos analysar o objecto da these que nos propomos discutir, basta-nos dizer que nos collocamos ao lado dos que affirmão o caracter juridico dos principios e normas que regem a vida internacional.

Sempre a vida juridica teve necessidade de crear os orgãos essenciaes ás funcções que a constituem. Se não chegou ainda o momento de fundar-se o apparelhamento coactivo do Direito internacional, não é menos certo que existe um conjuncto de regras que o consenso das nações adopta como a expressão da justiça e como as mais proprias a garantirem a coexistencia harmonica nessa sociedade amplissima que já a philosophia pagã chamara a *magna civitas.*

Assim pensando, não nos distanciamos dos ensinamentos do Professor egregio Rudolf von Ihering que, melhor do que nenhum outro, assignalou a coactividade como o traço caracteristico das normas juridicas. Nem por isto elle negou que os preceitos do Direito internacional sejam regras juridicas. Antes formalmente declarou falsa, segundo o seu pensar, a opinião dos que n'elles vêm sómente mandamentos e deveres moraes. (Zwec im Recht, traducção franceza de Meulenare, n.° 146.) Foi assim coherente com a opinião sustentada no seu monumental *L'esprit du Droit Romain.* § 11, quando reconheceu um direito já constituido nos tempos da *justiça privada,* em que cada um procurava fazer valer o seu direito pelas proprias mãos. A ordem juridica, a realização do direito, derivava então, com menor efficacia, é certo, da satisfação das necessidades da vida.

Assim como o direito privado foi, após luctas e resistencias seculares, organizando a coactividade e tornando-a funcção superior do Estado, do mesmo modo o direito das gentes chegará um dia a constituir os seus orgãos coactivos, superiores aos caprichos e resistencias dos Estados, com o poder de impor-lhes as soluções judiciarias acima do emergir sangrento das catstrophes bellicosas.

Nem nos desconforte o espectaculo pungente da maior guerra dos seculos, ora a ensanguentar a Europa. Os que sabem que o rithmo é a lei do movimento, não perdem a convicção de que, após o conflicto tremendo, o Direito

internacional terá de entrar num periodo luminoso e fecundo que, cada vez mais, nos aproximará da sonhada phase em que os pleitos dos Estados terão os seus arbitros legitimos.

Exposto o nosso modo de ver quanto ao problema preliminar, encaremos agora a these escolhida.

Não se faz necessario encarecer a importancia dos factores geographicos nas instituições humanas e particularmente na vida juridica. Tão preponderante ella é que o citado Ihering poude dizer que a geographia é a historia de ante-mão traçada no espaço, do mesmo modo que a historia não é mais que a geographia realizada no tempo, formula verdadeira e precisa que exprime uma grandiosa verdade sociologica.

Uma extensa continuidade territorial, abrangendo todo um hemispherio, conquistada para a civilização a que offereceu campo fertil e fecundo, não podia deixar de suscitar novos problemas e offerecer casos novos á meditação e estudo dos publicistas e jurisconsultos.

Não é de hoje que se assignala o ascendente notavel do elemento ethnico nas creações juridicas. Elle foi já posto em relevo nos assumptos internacionaes.

Já Lorimer dizia: "de todas as sciencias modernas nenhuma parece destinada a exercer sobre a politica internacional e o direito internacional tanta importancia como a sciencia das raças." (Principios de Direito Internacional, Livro 2.° Cap. 1.°)

Na America a differenciação de cultura, ao contacto de novos factores territoriaes e ethnicos, devia gerar sentimentos novos, idéas novas, interesses novos, instituições novas, que exigissem o amparo tutelar de novos preceitos juridicos.

Expostas estas premissas, a conclusão é evidente. A resposta affirmativa impõe-se á these ora discutida. E o conhecimento embora perfunctorio do genio americano e dos acontecimentos americanos deixa ver claramente a verdade da solução enunciada.

A divergencia da indole dos povos d'America se fez desde logo notar e reflectiu-se na escolha das instituições politicas. Affeitos á agitação, á independencia, á egualdade, esses povos não se conformaram com os moldes de governo que lhes davam a copiar as suas metropoles monarchicas e aristocraticas. Desde logo a democracia encontrou neste continente o seu mais amplo dominio. Assim se constituiu a trama dos interesses politicos em guarda contra as velhas instituições européas, não só para defesa da independencia, como também das normas constitucionaes e dos principios republicanos triumphantes.

A vida autonoma gerou em seguida os novos interesses economicos. Estes vieram precisamente no momento em que começaram a formar a base do mundo moderno. Trouxeram como consequencia a necessidade de instituições protectoras.

Eis, portanto, os factores embryologicos dos problemas propriamente americanos no direito internacional: 1.° a continuidade territorial que, mesmo quando scindida, tornou ainda mais faceis as communicações e a permuta de idéas e sentimentos entre os povos que nella se erigiram; 2.° a adopção de formulas genuinamente democraticas no regimen desses povos em antagonismo com as vigentes no outro continente; 3.° as relações economicas, cada vez mais intensas, creando posição de dependencia para com os povos do outro continente.

A' medida que se foram fazendo sentir as circumstancias decorrentes da tal estado de cousas, o americanismo foi emergindo á tona das instituições juridicas. O novo continente sentiu necessidade de affirmar-se como um complexo de cultura, de systhemas politicos, de interesses humanos, autonomamente desabrochado e evolvido, necessitando de formulas tutelares.

A expressão primordial deste novo espirito consubstanciou-se na doutrina de Monröe, tão diversamente interpretada, tão discutida e cujo sentido não foi de todo perfeitamente aprendido.

O monröismo é, entretanto, a summula dos problemas americanos do direito internacional. Dos seus principios, todos elles dimanam, pois elle é a solida estructura do pensamento americano em frente a quesquer investidas do espirito alienigena.

Não será ocioso recordar as condições em que surgiram as celebres declarações do Presidente americano, hoje tão justamente relembrado em todo o hemispherio como autor das formulas da sua affirmação na humanidade.

A Europa era o scenario das luctas mais renhidas entre as idéas antigas e os novos idéaes politicos. Os Estados absolutistas não deixavam de procurar impor o seu systhema politico e de hostilizar o pensamento novo onde quer que este se apresentasse. Foi em tal momento que surgiu na America a questão da independencia das colonias hespanholas. Sahindo de encontro a quaesquer pretenções das cortes européas quanto a estas regiões, o governo americano julgou opportuno declarar qual seria o seu modo de agir em face das emergencias. Declarou preliminarmente que os Estados Unidos não tinham nenhuma pretenção de adquirir ou de annexar qualquer territorio do continente que houvesse pertencido á Hespanha. Affirmou ainda que nada teria a oppor a convenios amigavelmente celebrados entre as antigas colonias e a sua Metropole. Concluiu porém, por declarar que obstaria por todos os meios ao seu alcance á intervenção de qualquer Estado europeu, excepto a Hespanha, nos referidos paizes, qualquer que fosse a forma sob que ella se procurasse produzir, ainda mais se ella pretendesse implantar nas colonias por meio de conquistas ou compra de territorio uma soberania differente da hespanhola.

Justificando o seu proceder, Monröe usou de phrases que demonstraram claramente que a sua doutrina visava proteger os territorios como também os idéaes politicos. "A bôa fé e os vinculos de amisade que nos unem ás potencias alliadas, obrigão-nos a declarar que considerariamos perigosa para a nossa tranquillidade e nossa seguraça toda tentativa de estender o seu systhema politico a uma parte qualquer do nosso hemispherio." Vemos ahi a organização democratica da America em guarda contra os systhemas monarchicos e absolutistas do antigo continente.

Prosegue o Presidente doutrinador: "O governo dos Estados Unidos não interveiu nem intervirá nos negocios das colonias que as nações européas possuem ainda na America; mas no que diz respeito aos governos que proclamaram a sua independencia, que a sustentam e cuja emancipação já reconhecemos depois de madura reflexão e segundo os principios de justiça, não poderiamos deixar de olhar como manifestação de hostilidade contra os Estados Unidos a intervenção de um poder europeu qualquer com o fim de opprimil-os e de contrariar os seus destinos."

Nesta parte é que se contem o compromisso de garantir a liberdade e independencia dos povos americanos.

A parte que se segue é a mais instructiva para a these que discutimos. Adoptando dous criterios, um relativamente á Europa, outro relativamente á America, Monröe reconhece a especificidade dos problemas continentaes e a necessidade de amparal-os por differentes processos.

"A nossa politica consiste em jamais interpormo-nos em negocios internos de qualquer das potencias do mundo antigo; em considerar o governo de facto governo legitimo em relação a nós; estabelecer com este governo relações amigaveis e conserval-as por uma politica franca, firme e corajosa, admittindo sem distincção as reclamações justas de todas as potencias e não tolerando de

nenhuma as injustas. *Mas, quando se trata do nosso continente as cousas mudam inteiramente de face;* pois se as potencias alliadas quizessem fazer prevalecer o seu systhema politico em uma ou outra parte da America, ellas não o poderiam sem que disso resultasse um perigo imminente para a nossa felicidade e a nossa tranquillidade; ser-nos-ia impossivel permanecermos espectadores indifferentes dessa intervenção, sob qualquer forma que ella se effectuasse."

A segunda parte da doutrina de Monrõe foi occasionada pelas pretenções que a Russia manifestava relativamente a territorios do noroéste americano, situados entre o Oregon e o estreito de Behring. Foi formulada nos seguintes termos: "Julgou-se o ensejo opportuno para estabelecer como um principio ao qual estão ligados os direitos e os interesses dos Estados Unidos que os continentes americanos, em vista do estado de liberdade e independencia que adquiriram e no qual se mantiveram, não podem para o futuro ser considerados susceptiveis de colonização por nenhuma potencia européa."

Ficaram assim nitidamente expostos os direitos dos continentes americanos á liberdade, á independencia e á integridade territorial. Não faltou tambèm quem quizesse ver ahi a manifestação de um pensamento de absorpção por parte dos Estados Unidos, idéa que os factos não confirmaram.

Ha também alguns que, considerando legitimas as declarações de Monrõe como um protesto contra a intervenção da Santa Alliança e resoluções do Congresso de Verona sobre as novas republicas americanas, julgam, entretanto, que, desapparecidas estas circumstancias, ellas tenham perdido a suas rasão de ser e não possam constituir uma fonte de novas idéas e instituições juridicas.

É mui differente o nosso pensar. Na immortal Mensagem de dezembro de 1823 que a versão corrente attribue á penna brilhante de Quincy Adams, o glorioso Secretario de Monrõe, vemos formuladas idéas geraes de applicação perenne aos negocios do nosso continente e não apenas uma declaração occasional aos reis da Europa colligados naquella alliança e naquelle Congresso. Se essas declarações se dirigiam opportuna e immediatamente a elles, nem por isso deixavam de consolidar theses mais amplas, mais fecundas e mais duradouras.

O que é certo é que ellas tiveram logo a sancção do prestigio já então bem grande dos Estados Unidos, notaveis pelo seu progresso material e moral e da Inglaterra a quem não convinha a politica economica que os Estados absolutistas da Europa implantariam nas terras da America, caso medrasse a sua intervenção. Assim o monrõismo foi bem succedido desde o seu primeiro instante e poude desenvolver-se no espirito e nas idéas dos povos americanos.

Que o nosso hemispherio forma hoje uma complexidade interessantissima e original sob o aspecto das relações internacionaes, não é possivel escurecel-o. Pouco diversifica quanto a caracteres ethnicos e a lingua pois sómente os dous grandes paizes do sul e do norte não foram colonizados por hespanhoes e por isto têm linguas differentes e raças diversas. Com relação ao Brazil, porem, a differença é bem restricta, dada a affinidade ethnica e mental do portuguêz e do hespanhol. As instituições politicas são harmonicas em todos elles. Não ha interesses antagonicos a não ser uma ou outra questão de fronteiras, aliás já resolvidas por muitos delles. Assim as bellas phrases de um Presidente argentino no Rio de Janeiro—*tudo nos une, nada nos separa*, podem muito bem exprimir uma formula americana.

Deste modo uma união cada vez mais solida deve ser a garantia efficaz da existencia, prosperidade, engrandecimento dos nossos paizes. Systhematizar devidamente as relações amigaveis, celebrar tratados vantajosos a este idéal, eis um grande problema americano do direito internacional.

São da maior importancia os problemas resultantes da relações financeiras entre os Estados americanos e os europeus. Até onde pode ir a acção dos go-

vernos do outro continente no intuito de garantir os interesses creditorios dos seus subditos? Quaes as limitações que os Estados devedores podem supportar, sem quebra da sua soberania?

Não está ainda resolvida a duvida.

É evidente, entretanto, que os credores não podem exigir a alienação, sob qualquer pretexto, do dominio eminente.

Não podem também pretender a occupação ou dominação de qualquer parcella do territorio. Isto contraviria ao direito de conservação que é inherente aos Estados.

Fôra além disso formal violação á doutrina de Monröe.

Este assumpto, brilhantemente estudado, occasionou o surto da doutrina de Drago, considerada o complemento necessario da doutrina de Monröe.

Levadas á conferencia internacional de Haya, as theses do brilhante publicista argentino não tiveram o apoio do representante do Brazil, o genial Ruy Barbosa. Não é que elle as combatesse ou siquer lhes fosse adverso. Mas é que elle entendeu que a iniciativa de taes proposições devia partir dos Estados credores e não dos devedores.

Foi uma questão de pudor bem entendido que sempre deixa bem collocados e erectos os povos nos solemnes e conspicuous certames mundiaes.

Como quer que seja, *lis sub judice stat* e vem reforçar a resposta affirmativa á these supra indicada.

Rspondemos á presente these em traços geraes, conscios da impossibilidade de desvendarmos para a doutrina horizontes novos e aspectos inexplorados.

Ficou patente apenas o nosso esforço para correspondermos á confiança com que nos distinguiu ó Instituto Historico e Geographico Parahibano, benemerita associação a que nos honramos de pertencer.

A humilde Memoria que apresentamos, reconhece apenas a verdade geral. Naturalmente outras de maior vulto e porte terão reconhecido e posto em relevo as consequencias que della decorrem.

O direito internacional é uma sciencia em elaboração e em incessante progredir. Novas questões elle irá suscitando á medida que as mais antigas forem solvidas.

Quanto ao nosso continente ha um conceito fundamental a pairar sobre todas as questões e duvidas que se levantem entre os paizes que o compõem. Elle precisa de paz e solidariedade para occupar com honra e gloria o logar que lhe compete na humanidade civilizada.

Por isto em nome dos principios superiores da humanidade e dos mais altos interesses da America, encerramos este trabalho com um voto fervoroso pela harmonia americana, pela paz continental.

HA PROBLEMAS ESPECIALMENTE AMERICANOS DE DIREITO INTERNACIONAL?

Por CHRYSANTO FREIRE DE BRITO,

Membro Associado da Sociedade Brazileira de Direito Internacional.

I.

A America tendo os seus costumes, as suas tradições, o seu caracter emfim, as suas manifestações sociaes, tem certamente suas necessidades que não podem deixar de influir no desenvolvimento do seu direito publico externo. Apparecem então certos factos na sua vida internacional que ficam constituindo os seus problemas, embora alguns sejam communs a outros continentes.

Já se vê que nem todos os factos que vão ser apontados aqui têm sido considerados problemas de direito internacional. É pois necessario que elles fiquem com um logar no quadro das relações juridicas do continente. São factos por assim dizer normaes na historia dos Estados, que vão tendo soluções incompatíveis com os principios de um direito que todos dizem seguir, mas que nem sempre seguem ou podem seguir. E não seguem porque? Porque estão muitas vezes em desaccordo com os interesses vitaes. E como os Estados vivem antes de tudo desses interesses, fazendo delles os seus proprios direitos, é natural que esses principios não possam ser observados.

II.

Eu falo da intervenção. A intervenção é um facto habitual na America, como o foi em certo tempo na Europa.

Negada como uma norma do direito das gentes, a intervenção sempre foi reivindicada pelos Estados como uma necessidade imprescindivel. Isto quer dizer que um Estado quando julga necessario intervir nos negocios de outro Estado por uma questão de absoluto interesse vital, aberta ou desfarçadamente, directa ou indirectamente elle intervem, pouco importando saber se é ou não um golpe desfechado na soberania. Fica nesse caso o direito violado porque é um direito idealisado. É um direito idealisado porque não ha poder coercitivo organisado que possa prevenir ou atalhar a violação. Os proprios Estados que na occasião protestam, quando se vêm depois na mesma contingencia intervêm. Assim que solução poderá ser aventada? Não é caso de procurar-se o remedio na natureza do proprio mal? Não ha geito sinão voltar o direito contra o direito. Converta-se o systema de intervenção numa regra de direito internacional, reflectindo o momento historico, e talvez diminuam as intervenções ou mesmo acabem.

Os Estados desde que vejam que o só facto de ser admittida a intervenção pode acarretar males, que pelo menos é a desmoralisação e o desprestigio, elles proprios tratarão de evital-a. A sancção portanto desse direito estará nas proprias consequencias que poderão surgir. O que era preciso porem é que esse direito fosse regulado, limitado a casos excepcionaes, prevendo somente interesses fundamentaes e irreductiveis.

Ninguem ignora que houve na America, em certos Estados, uma epoca em que a intervenção estava fixada nos tratados e era solicitada pelos proprios governos. Não ha razão portanto para que se não a permitta de uma vez embora pareça que isso importa numa restricção da soberania. Mas a soberania é um dogma já profundamente abalado, não somente no direito publico como no direito internacional. Assim como já vão augmentando as restricções da soberania em relação aos individuos no interesse social, devem ir augmentando tambem as restricções da soberania em relação aos Estados no interesse social internacional.

III.

O problema americano da intervenção tem outro aspecto que não merece menos ser considerado. Quero referir-me a doutrina de Monroe, firmada, como é sabido, na opposição a toda ingerencia extrangeira nos Estados da America. É a intervenção negativa, como a outra interna é a intervenção positiva. É a intervenção impedindo a intervenção.

Convertida numa norma de direito internacional ella ficará sobretudo como uma garantia decisiva da independencia dos Estados americanos, da não occupação de territorios e de certas ambições.

A doutrina de Monroe em sua forma original, como bem ponderou o eminente internacionalista Snr. Alexandre Alvarez, não é propriamente uma politica dos Estados Unidos " senão o enunciado dos principios de origem e caracter americanos, e que os Estados da Europa acceitaram depois expressa ou tacitamente." (Jornal do Commercio, do Rio de Janeiro, de 28 de Julho de 1912.) O reconhecimento desse caracter da doutrina esteve até para ser feito na Quarta Conferencia Pan Americana por inspiração do Barão do Rio Branco. Era tamben o ideal do então embaixador brazileiro em Washington Joaquim Nabuco. Si as delegações do Brazil, Chile e Argentina—autoras então do projecto—não conseguiram uma resolução expressa, devido a certas circumstancias, pelo menos " estavam todos de accordo nesta parte da formula."

IV.

O direito de nacionalidade é outra questão fundamental para America. Si entre os Estados americanos o problema já está quase resolvido pela admissão nas suas legislações do principio do *jus soli*, bastando somente ser consolidado numa norma juridica, nas relações com os Estados europeus adoptando o principio do *jus sanguinis*, o problema suscita divergencias graves, que devem ser definitivamente removidas. Não é possivel admittir que os individuos nascidos em territorios americanos, pelo facto de serem filhos de extrangeiros, sejam extrangeiros. Com a immigração indispensavel nos paizes novos como os da America, com o tempo, na justa affirmativa do Snr. Alexandre Alvarez, elles acabariam nas condições das colonias. Agora mesmo com a guerra europea, estamos vendo as consequancias da diversidade dos principios, se bem que somente a Italia seja a mais pertinaz em querer que os naciones americanos abandonem os seus paizes para tomar parte na lucta. Nesse momento pode-se até louvar a acção e o triumpho dos Estados Unidos alcançando neste particular a predominancia dos seus interesses.

A solução definitiva desse problema já tão velho e debatido, parece deverá ser então provocada, pela opportunidade e necessidade num futuro Congresso ou conferencia de paz, onde terão de ser naturalmente discutidos muitos principios de direiro internacional, não obstante o actual conflicto europeu, está demonstrando justamente a inexistencia desse direito.

V.

Entre as contendas surgidas nos Estados está a da soberania do estuario do Rio da Prata, questão em tempo muito discutida, que constitue um problema americano de direito internacional importante.

De um lado um Estado ribeirinho do Rio da Prata quer a soberania exclusiva das suas aguas. O outro Estado confinante nesse caso teria que ficar com os seus limitas findos nas suas proprias costas. É uma theoria incompativel com os principios assentados. De outro lado o outro Estado ribeirinho reivindica o condominio dessas aguas. Seria a solução juridica natural fundada nos principios já praticamente consagrados no continente.

Um Estado quer a soberania de todo o estuario porque em aguas do outro Estado ribeirinho é que passa o unico canal (canal oriental) por onde é praticada actualmente a navegação de dous de seus rios interiores, navegação outrora feita pelo canal que possuia em suas proprias aguas (canal occidental), mas que hoje está obstruido. Comprehende-se agora porque esse Estado procura desviar a jurisdicção commum. O outro Estado é que ficaria de posse do unico canal navegavel.

Vemos pelas causas do conflicto que ambos os Estados têm razão. Cada um está no seu ponto de vista, isto é no ponto de vista dos seus interesses vitaes.

A solução da questão estaria talvez em tirar-se a linha de sobreania pelo proprio canal navegavel. Não é nem a jurisdicção commum geralmente seguida pelo perfil longitudinal, nem tão pouco a jurisdicção exclusiva.

A solução ficaria firmada numa regra já mais ou menos estabelecida nos mestres do direito internacional. "Pode acontecer" ensina Lafayette Rodrigues Pereira (Principios de Direito Internacional, pg. —), "que o leito do rio encerre canaes mais ou menos profundos. Em tal caso serve de linha divisoria o canal mais apropriado na navegação, não só no percurso do leito. como ainda atravez da bahia ao estuario por onde as aguas se encaminham para o mar, supposto dessa linha resulta para uma e outra parte porções desiguaes." A ilha de Martim Garcia ficando na parte mais larga, continuaria no *statu quo*.

Mas parece que solução melhor seria mesmo submeter o Rio da Prata ao regimem dos mares territoriaes, segundo o criterio do Governo britanico, já divulgado em fins de 1907 numa questão de pesca, assegurando dest'arte os interesses dos paizes em geral.

VI.

Emfim pode-se concluir que existem problemas americanos de direito internacional, como ha problemas particularmente europeus de direito das gentes, sem querer dizer com isso que existe um direito internacional exclusivamente europeu e um direito internacional essencialmente americano. Se alguns outros problemas não poderam ser indicados aqui, estão pelo menos os necessarios para se poder afirmar que esses problemas ou são de caracter geral, interessando a America em conjuncto, ou são de caracter mais particular constituindo as questões levantadas entre os Estados.

PROBLEMAS INTERNACIONALES AMERICANOS.

Por LUIS ALFREDO OTERO,

Ex-Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Colombia.

Existen varios problemas de Derecho Internacional cuya solución interesa de modo especial y casi exclusivo a la América Latina.

Los principales de estos problemas especiales americanos pueden reducirse a los siguientes: Arbitraje; integridad territorial, colonización e intervención; navegación de los ríos; extranjería.

ARBITRAJE.

Ninguna institución de derecho internacional es tan estudiada y debatida como el arbitraje. Muchos años hace que se viene consignando este principio en los tratados públicos y que él se ha hecho tema obligado en los programas de congresos y conferencias internacionales.

La "Liga Internacional de la Paz" sentó en 1874 los fundamentos del arbitraje permanente, y un año después, el "instituto de Derecho Internacional" adoptó definitivamente el principio de un tratado sobre la materia. Italia, Inglaterra, Suecia, Bélgica, España, Holanda, Francia, han trabajado sucesivamente por el establecimiento de esta institución. La "Unión Interparlamentaria," compuesta de miembros pertenecientes a catorce parlamentos europeos, tuvo, de 1889 en adelante, conferencias anuales encaminadas a propagar la idea del arbitraje y la constitución de una corte permanente. En la Conferencia de la

Haya se redactó en 1899 un proyecto de convención para la solución práctica de los conflictos internacionales.

Mas tan bellas iniciativas y teorías no han dejado de ser una utopía en el Viejo Mundo, donde tropiezan con insuperables obstáculos de carácter exclusivamente europeo.

La paz de Europa es una visión fantástica, un doloso espejismo con el cual las potencias encubren el pudor de la civilización, sin llegar a engañarse unas a otras, sino haciendo, al contrario, más palpable la necesidad de una paz armada. Bien sabían las grandes naciones congregadas en el Aréopago de La Haya, que se encontraban allí a modo de solapados enemigos para fiscalizarse y contenerse mutuamente en la dominación del mundo y con la mira puesta en las codiciadas tierras nuevas que cada una de ellas anhelaba someter a su vasallaje. La actual conflagración europea nos lo está demostrando.

Es que en Europa ha existido y existe el viejo prejuicio de la hegemonía; desde los más remotos tiempos ha habido allí uno o varios Estados sedientos de poder y celosos de su preponderancia sobre los demás. Para no hablar sino de las últimas épocas, Francia dominó al mundo con Napoleón a la cabeza; Inglaterra no quiere despojarse de su corona de Reina de los Mares, mil veces más preciada que la de los Reinos de sus Islas y la del Imperio de todas las Indias, y ha combatido siempre a la nación que se enfrente a su poderío y aspire a expansiones territoriales que contraríen sus planes de predominio; Alemania ha tenido en los últimos tiempos la constante preocupación de disputarle a Inglaterra esta hegemonía.

Es evidente que no pueden ser materia de arbitraje aquellas complicaciones europeas que se forman a causa de necesidades de expansión, de influencias políticas o de equilibrio del poder, respaldadas muchas veces por el sentimiento unánime de un pueblo. Estas ambiciones o rivalidades no son sino violaciones de la justicia y están fuera de los principios del honor y del derecho que presiden los juicios arbitrales.

Pero los inconvenientes y obstáculos apuntados para el arbitraje no existen en América, pues sus naciones, fundamentadas sobre la base áurea de la moderna república cristiana, persiguen todas nobles ideales muy distanciados de la paz armada.

Felizmente para nosotros, las complicaciones de la ambición y del imperialismo no hacen parte de las previsiones de que deba ocuparse un Congreso de Repúblicas cuyos lazos de fraternidad, leyes, costumbres y aspiraciones son esencialmente opuestos a las relaciones artificiales del continente europeo.

En América se lucha contra la diosa del hecho que, sobrepuesta al derecho. equivale a la guerra misma y que como elemento de fuerza solo la fuerza puede resolverlo.

Solamente en el norte del Continente ha habido ambición e imperialismo; pero estas tendencias van desapareciendo por fortuna y en todo caso encontrará terrible enemigo e infranqueable obstáculo en la unión de la América latina, que, como un solo pueblo, trate de resolver el problema de gobernarse por sí misma, libertándose definitivamente de las tradicionales y rancias fórmulas del viejo mundo. El proyecto de reparto del Continente, atribuído al A B C, no pasa de ser una descabellada invención forjada por la nerviosidad latina.

Aprender a gobernarnos por nosotros mismos: tal nuestra tarea que no es obra de una generación ni aún de un siglo, pues para que una gran masa de hombres pueda ejercer la soberanía popular, es necesario que adquiera la sabia educación que da la experiencia práctica; el respeto profundo a la independencia personal, a las legítimas aspiraciones del pueblo y por consiguiente a la ley, subordinando los intereses personales al bien público y no perdiendo de vista

que las naciones, lo mismo que los individuos, deben su fin y su existencia al Creador del Universo. La suerte de la humanidad depende del éxito en la magna empresa de la civilización: la perfección de los nuevos gobiernos.

Las Repúblicas americanas, con esfuerzo constante y benéfico, promueven el desarrollo y el nuevo rumbo de la civilización y del intercambio. Inspiradas en unos mismos propósitos y fundadas en indénticos principios, cada una de las repúblicas americanas se interesará por el bien de las demás, pues no habrá una sola que no pueda recibir beneficios de las otras, ni una que no gane con la prosperidad, paz y felicidad de las naciones hermanas.

Es necesario que en adelante se puedan repetir con verdad estas hermosas palabras de un americano eminente:

> Nosotros no queremos más victorias que las de la paz; no ambicionamos otro territorio que el nuestro y no pretendemos otra soberanía que la que ejercemos sobre nosotros mismos. La menor y más débil de nuestras repúblicas tiene tanto derecho a ser respetada como el mayor de los imperios. Deseamos aumentar nuestra prosperidad, ensanchar nuestro comercio y crecer en riqueza y sabiduría; pero no pretendemos tener estas cosas con menoscabo de las demás repúblicas, ni por medio de su ruina; nuestro deseo es ayudar a todos nuestros amigos a alcanzar una prosperidad común, para que todos nos hagamos más grandes y fuertes.

Bien sabemos, por otra parte, cuáles son las ideas y proyectos conquistadores que las cancillerías europeas abrigan con respecto al Continente Americano, ideas y proyectos que culminarán al final de esta terrible hecatombe de sangre y destrucción que estamos presenciando.

Ante estas consideraciones y en presencia de tal diversidad de ideales, no cabe la menor duda de que el arbitraje, que para Europa es utópico, tiene para América una especialísima importancia práctica.

El arbitraje internacional es de carácter esencialmente jurídico. Desde que dos Estados, de común acuerdo, delegan al árbitro la facultad de decidir como juez sobre una controversia, se constituye entre ellos un verdadero contrato, quedando, por consiguiente, obligadas las partes a aceptar el fallo, y por esta razón se suelen exceptuar del arbitraje todas aquellas cuestiones que puedan afectar la independencia y el honor nacional.

A pesar de que, como dice Bluntschli, el tribunal arbitral es superior a las partes, la absoluta igualdad de las naciones, es, con todo, un obstáculo poderoso para el arbitraje, pues frecuentemente sucede que un Estado no quiere ni debe exponerse a que su soberanía sufra la presión de otro pueblo igualmente soberano pero más poderoso.

Acontece también que los jueces arbitrales no siempre están en las circunstancias que más favorecen la serenidad e imparcialidad de la sentencia, resultando, por lo mismo, defraudadas las esperanzas de los Estados litigantes que se entregan por completo al que han elegido como repartidor de la justicia y dispensador de la tranquilidad internacional.

Mas estos graves inconvenientes desaparecen con el arbitraje internacional del Sumo Pontífice de la Iglesia Católica. Dada la perfecta neutralidad asumida por el Papado en materias internacionales; la imparcialidad absoluta de que no puede menos de estar rodeado el fallo de un poder que no posee hoy soberanía temporal ni fuerza pública, y el grandísimo ascendiente, en fin, que sobre los poderes materiales de la tierra ejerce necesariamente el poderío espiritual del jefe visible de la augusta Religión Católica, la que a pesar de innumerables persecuciones y contrariedades domina en el mundo, obrando su irresistible fuerza moral así en las naciones como en los individuos; dado todo esto, decimos, el arbitraje del Papa se impone como necesario y salvador progreso del derecho internacional americano.

El eterno poder de la Silla de San Pedro, que guarda el sagrado depósito de todos los siglos cristianos, no daría oídos en ningún caso a los intereses variables de una nación litigante contra los permanentes de la otra, una vez que ambas han sido puestas, como todas las naciones del orbe, bajo su amparo y protección.

Aun cuando no fuera, como es, tan excelsa la superioridad moral del Poder Pontificio, subsistiría en todo caso la garantía de que su fallo es imparcial, puesto que no teniendo el poder material que da dominio sobre la tierra y mando en los ejércitos, ninguna ventaja podría esperar de las naciones apelantes.

Después de la caída del Imperio Romano aparece la Iglesia rodeada de grandísima influencia política y social, solicitada por los pueblos como protectora contra la fuerza bruta de los tiempos bárbaros, y el Sumo Pontífice era entonces el poder superior al cual los soberanos sometían los conflictos internacionales. Más tarde, el poder civil reivindicó su independencia en la esfera de los intereses temporales, y precisamente desde entonces el Sumo Pontífice de Roma ha venido a ser un Soberano a quien los otros tributan los más grandes honores, concediéndole la precedencia de sus Delegados y Nuncios sobre los otros representantes diplomáticos.

Las naciones de la América Latina, y Colombia especialmente, vienen trabajando desde 1822 en pro del arbitraje.

En el llamamiento que el Libertador hizo en este año a las Repúblicas americanas para formar una Confederación o Asamblea Internacional, se inició ya el salvador principio dándole a dicha asamblea el carácter de "conciliadora de nuestras diferencias," como así se consignó en los tratados de unión, liga y confederación entre Colombia y Perú, 6 de julio de 1822; Colombia y Chile, 21 de octubre de 1822; Colombia y México, 3 de octubre de 1823; y Colombia y Centro América, 15 de marzo de 1825.

En la citada asamblea o congreso, cuya reunión tuvo lugar en Panamá en el año de 1826 y que fué el origen de nuestro derecho público y del internacional americano, se sentaron las bases de la nueva doctrina en los artículos 16 y 17 del tratado que suscribieron Colombia, Centro América, Perú y México y que a la letra dicen:

Art. 16. Las partes contratantes se obligan y comprometen solemnemente a transigir amigablemente entre sí todas las diferencias que en el día existen o pueden existir entre algunas de ellas; y en caso de no terminarse (entre las potencias discordes) se llevará, para procurar su conciliación, al juicio de la Asamblea, cuya decisión no será obligatoria si dichas potencias no se hubieren convenido antes explícitamente en que lo sea.

Art. 17. Sean cuales fueren las causas de injurias, daños graves u otros motivos que alguna de las partes contratantes pueda producir contra otra u otras, ninguna de ellas podrá declararles la guerra, ni ordenar actos de represalia contra la República que se cree la ofensora, sin llevar antes su causa apoyada en los documentos y comprobantes necesarios con una exposición circunstanciada del caso a la decisión conciliatoria de la Asamblea General.

Desde entonces Colombia ha celebrado numerosos tratados de arbitraje y otros que contienen cláusulas especiales sobre la materia.

En el tratado de amistad, comercio y navegación entre la Nueva Granada y el Ecuador, de fecha 9 de julio de 1856, se comprometen ambas naciones a no apelar jamás al recurso de las armas antes de haber agotado el de la negociación y mientras no se nieguen expresamente la debida satisfacción después de que una potencia amiga y neutral, escogida por árbitro, haya decidido, en vista de los alegatos o exposición de motivos y de las contestaciones de la una y de la otra parte, sobre la justicia de la demanda.

El tratado celebrado entre los Estados Unidos de Colombia y el Perú, el 10 de febrero de 1870, establece igualmente el arbitraje para el caso de diferencias internacionales. La parte final del Artículo XXXII de este tratado dice:

En general, en todos los casos de controversia en que no puedan avenirse las dos partes contratantes por medio de las vías diplomáticas, ocurrirán a la decisión de un árbitro para arreglar pacífica y definitivamente sus diferencias, y no podrá ninguna de ellas declarar la guerra ni autorizar actos de represalia contra la otra, sino en el caso de que ésta rehuse someterse a la decisión arbitral de un gobierno amigo, o cumplir la sentencia dada por éste.

El 25 de diciembre de 1880 se firmó una convención de arbitraje entre los Estados Unidos de Colombia y la República de Costa Rica, que sometió a este procedimiento internacional la cuestión de límites que existía entre los dos países, nombrando árbitro principal al Rey de Bélgica y suplentes al Rey de España y al Presidente de la Argentina. Esta convención fué canjeada el 9 de diciembre de 1881.

El 14 de septiembre de 1881 se celebró entre los Estados Unidos de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela un tratado sobre arbitramento *Juris*. en el cual se aceptó la base del *Uti possidetis juris de 1810* como nueva doctrina americana opuesta al *Uti possidetis de facto* que ha determinado en Europa las líneas fronterizas entre las naciones. Este tratado también tenía por objeto una decisión sobre límites entre las partes contratantes y en él fué nombrado árbitro el Rey de España. Se canjearon las ratificaciones el 9 de junio de 1882.

Con fecha 5 de noviembre de 1904 celebró Colombia con el Ecuador un tratado de arbitraje que somete a la decisión absolutamente inapelable del Emperador de Alemania la cuestión de límites pendiente entre las dos Repúblicas. Se nombra en dicho tratado como árbitro sustituto al Presidente de México.

El 12 de septiembre de 1905 se firmó entre los diplomáticos colombianos Don Clímaco Calderón y Don Luis Tanco Argáez y el Ministro Peruano Velarde un tratado general de arbitraje que reviste caracteres de excepcional importancia, tanto por la naturaleza de las diferencias que han existido entre Colombia y el Perú, como porque en él se inicia en las cancillerías suramericanas el saludable movimiento que antes enunciamos en favor de la resurrección del poder pontificio como árbitro natural a quien debe ocurrirse en toda controversia internacional, con lo cual se da un gran paso hacia la solidaridad latinoamericana, puesto que se aleja toda probabilidad de discordia en el continente.

En este tratado se sentó, en efecto, como doctrina general el principio del Arbitraje Internacional del Sumo Pontífice, quien también fué designado como árbitro en el tratado de arbitraje sobre límites entre Colombia y el Perú celebrado en la misma fecha (12 de septiembre de 1905).

Convienen Colombia y el Perú en someter a arbitraje las controversias que no hayan podido solucionarse amistosamente, exceptuando, eso sí, las cuestiones que afecten la independencia y el honor nacionales. Previendo las dificultades que puedan presentarse para celebrar los convenios de arbitraje en cada caso particular, se da al árbitro la facultad de fijar, sobre la base de las recíprocas pretensiones de las partes, los puntos de hecho y de derecho que deban ser resueltos para decidir la controversia. Finalmente, y esto constituye un progreso y una garantía más para el arbitraje, se establece el recurso de revisión para ante el mismo árbitro que ha pronunciado la sentencia.

También se establece el arbitraje en los siguientes tratados: el de fronteras entre Colombia y el Brasil, de 24 de abril de 1907, canjeado el 20 de abril de 1908; el de comercio y navegación celebrado con el mismo país el 21 de agosto de 1908 y canjeado el 6 de agosto de 1910; el de amistad entre Colombia y Bolivia del 19 de marzo de 1912, cuyas ratificaciones fueron canjeadas el 20 de diciembre del mismo año. Se repitió la cláusula de arbitraje en el nuevo

tratado entre Colombia y el Ecuador, de 10 de agosto de 1905, canjeado el 24 de octubre de 1907, y últimamente firmó el Gobierno Colombiano una convención de arbitraje con la República de Chile.

En la Convención Postal celebrada el 2 de febrero de 1911 por el Congreso Postal Suramericano de Uruguay, entre las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, se contiene esta cláusula sobre arbitraje:

> Todo conflicto o desacuerdo que pudiera suscitarse en las relaciones postales de la América del Sur, será resuelto por juicio arbitral que se realizará en la forma que establece el artículo 23 de la Convención principal de Roma.

Esta cláusula es semejante a la que sobre la misma materia se firmó en la convención principal de la Unión Postal Universal, de fecha 26 de mayo de 1906.

Hasta en sus relaciones con los Estados europeos ha sostenido Colombia el principio del arbitraje. En el tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de Colombia y Portugal, fechado el 9 de abril de 1857, se contiene esta cláusula sobre la materia:

> En todos los casos de controversia en que no puedan avenirse las dos altas partes contratantes por medio de las vías diplomáticas, ocurrirán a la decisión de un árbitro para arreglar pacífica y definitivamente sus intereses.

El 17 de febrero de 1902 se celebró entre Colombia y España un convenio general de arbitraje, cuyas ratificaciones se canjearon el 24 de enero de 1903. Se establece en este convenio que el árbitro será de preferencia el Jefe de Estado de una de las Repúblicas hispano-americanas o un tribunal formado por jueces y peritos españoles, colombianos o hispano-americanos, y contiene también la importante disposición de que en caso de desacuerdo en la designación de árbitros, las partes signatarias se someterán al Tribunal Internacional Permanente de Arbitraje establecido conforme a las resoluciones de la Conferencia de La Haya de 1899.

Con fecha 16 de diciembre de 1908 se celebró entre Colombia y Francia una convención de arbitraje, en la cual se establece que las cuestiones de orden jurídico o relativas a la interpretación de tratados serán sometidas a la Corte Permanente de La Haya, y que los asuntos de menor importancia se someterán a un tribunal de arbitraje *ad hoc*.

En el convenio entre la República de Colombia y el Reino Unido de la Gran Bretaña, sobre arreglo por arbitraje de algunas cuestiones que puedan surgir entre los dos Gobiernos, se establece idéntica doctrina sobre el particular.

INTEGRIDAD TERRITORIAL, COLONIZACIÓN E INTERVENCIÓN.

El problema de la integridad territorial, que es uno de los más importantes y tal vez el de mayor trascendencia entre los que debe resolver el Derecho Internacional Americano, está íntimamente ligado a la colonización e intervención que han sido proclamadas como principios por las grandes potencias mundiales, contrariando así los más elementales preceptos del Derecho de gentes.

No hay vínculo tan poderoso como el que liga una nación a su territorio. Ese vínculo es la paz del hogar que se defiende con las armas en la mano, según la expresión de los pueblos germanos, y en los tiempos antiguos lo representaban los dioses Penates, cuyo templo—que es el umbral de los hogares—debe estar cubierto por las espadas de los padres y de los hijos, de los hermanos y parientes, y, como dice la Biblia, por la espada de todos los varones de *lomos robustos*, no encorvados a manera de hembras.

La absoluta inviolabilidad del territorio nacional es un principio universalmente aceptado, y hasta una necesidad internacional; mas este problema pre-

senta en América dificultades especiales provenientes de los hechos, ya que no del derecho.

Las responsabilidades territoriales de las naciones latinoamericanas son con respecto a las potencias, en gran manera superiores a su respectiva población.

La América, con sus vastos y ricos territorios, presenta propicio campo a la expansión de las potencias mundiales. Las repúblicas americanas, extendidas desde México hasta el Cabo de Hornos, en una área capaz de contener varias veces la de Europa central, solo cuenta con una población de 70 millones de habitantes que cabrían en cualquiera de las repúblicas grandes, como México, Colombia, el Brasil, o la Argentina, dejando el resto del continente libre a la expansión de las potencias. Las fértiles llanuras de las costas suramericanas y las ricas tierras interiores de hispano-américa, no son inferiores ni menos deseables que Trípoli, Marruecos, El Egipto, el Congo, Madagascar, ni el África Central.

Las antiguas pretensiones de Inglaterra sobre los indios de la Mosquitia y sobre las Islas Falkland; las reclamaciones de los Estados Unidos y de Holanda sobre la propiedad de las Islas Aves pertenecientes a Venezuela, y las pretensiones americanas sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia; la intervención de los Estados Unidos en los a Suntos de México y los peligros que puede entrañar el desenlace de la actual conflagración europea, son, entre otros, motivos suficientemente poderosos para que las naciones suramericanas se preocupen por trabajar con todo entusiasmo por la exclusión de la conquista de territorios, como principio de la vida internacional del Continente Americano.

Y obsérvese que no son las más débiles naciones americanas las únicas que se hallan amenazadas por los peligros de la conquista o colonización de las potencias. Para nadie son un misterio los ambiciosos sueños expansionistas de Alemania en el Brasil y de Italia en la Argentina.

De los tentadores proyectos de la Italia a este respecto nos dan clara idea los siguientes conceptos contenidos en un discurso del Presidente del Consejo de Ministros, Rolando Rolandini, en una sesión *hipotética* ante el Rey:

> La sangre y el sudor de los nuestros han convertido aquella pampa, ayer desierta, en el jardín del mundo.
>
> ¡Conquistemos la Argentina!
>
> Volvamos a los metodos de Trípoli. Despachemos, sin turbar la normalidad, una escuadra a visitar sus puertos. Hundamos sus barcos y arrasemos sus fortalezas. Una vez hecho esto, declaremos la guerra para regularizar las cosas; porque, eso sí, la corrección ante todo.
>
> Según datos recientes de nuestros cónsules y agentes especiales, tenemos allá doscientos mil soldados italianos empleados en toda clase de oficios, que sólo aguardan el toque de llamada.
>
> La enorme masa de población, que es nuestra por lengua, por sangre y por tradición, se acogerá inmediatamente a nuestras banderas y ella asegurará el dominio público del país.
>
> Los extranjeros o nos ayudarán o saldrán del territorio.
>
> Así resolveremos de un golpe todos estos problemas que aquí tenemos, que ya son de vida o muerte para nosotros. *Italia fará da se.*

Ahora bien: ¿los resultados de la conflagración europea no harán más inminentes aún los peligros que en este discurso se traslucen?

Entre las declaraciones de panamericanismo se impone, pues, como una imprescindible necesidad, la proclamación solemne de que América no admite colonizaciones en el continente ni en sus islas y que todo centro colonial que se establezca tendrá, por lo mismo, un vínculo jurídico con el centro gubernamental del territorio que ocupa.

Con igual necesidad se impone el rechazo absoluto de la doctrina de la intervención, que tan directamente ataca la soberanía nacional de los pueblos

débiles, y como fundamento incontrastable de tales declaraciones, debe continuar siendo obligatoria para la América la aceptación de la doctrina del *Uti possidetis juris americano.*

El congreso internacional de 1826 sentó estos principios de la integridad territorial y de la no intervención en los siguientes artículos del Tratado de Unión Liga y Confederación, firmado por las Repúblicas de Colombia, Centro América, Perú y Estados Unidos Mexicanos:

ART. 21. Las partes contratantes se obligan y comprometen solemnemente a sostener y defender la integridad de sus territorios respectivos, oponiéndose eficazmente a los establecimientos que se intenten hacer en ellos sin la correspondiente autorización y dependencia de los gobiernos a quienes corresponden en dominio y propiedad, y a emplear al efecto, en común, sus fuerzas y recursos si fuere necesario.

ART. 22. Las partes contratantes se garantizan mutuamente la integridad de sus territorios, luego que, en virtud de las convenciones particulares que celebren entre sí, se hayan demarcado y fijado sus límites respectivos, cuya conservación se pondrá entonces bajo la protección de la Confederación.

Esta actitud defensiva correspondía al gravísimo peligro que señalaba el General Francisco de P. Santander en la nota en que, como Presidente de Colombia, aceptaba la invitación del Libertador a la reunión de tal asamblea. Allí decía:

El peligroso principio de intervención que algunos gabinetes del antiguo mundo han abrazado y practicado con calor, merece de nuestra parte una seria consideración, así por su tendencia a alentar las amortiguadas esperanzas de nuestros obstinados enemigos, como por las consecuencias fatales que produciría en América la introducción de una máxima tan subversiva de los derechos soberanos de los pueblos.

Siendo el *Uti possidetis juris de 1810* la base fundamental del dominio territorial de las Repúblicas hispano-americanas, sus líneas divisorias deben estar determinadas por las únicas pruebas que pueden establecer tal título, que son las siguientes, en el orden que se expresa:

1°. Los tratados celebrados entre las mismas naciones hispano-americanas;
2°. Los tratados celebrados por España antes de 1810;
3°. Las leyes de Indias;
4°. Las Cédulas u Órdenes Reales dictadas por el Gobierno Español antes de 1810;
5°. Las sentencias, resoluciones y capitulaciones del Rey de España, del Consejo de Indias o de autoridades delegadas suyas que estuvieren vigentes al tiempo de la emancipación de la colonia, cuyo término *a quo* o *ad quem* es en año de 1810.

A falta de estas pruebas principales se debe apelar a las supletorias de la Geografía o de la Historia, pues la simple posesión jamás ha sido ni será en América fuente del derecho territorial, ni éste prescribe por el solo transcurso del tiempo.

De esta doctrina americana solo se ha apartado el Brasil cuando sancionó con la posesión de *facto* sus antiguas usurpaciones lusitanas; pero el cambio radical de instituciones que se ha efectuado en aquel país, hoy constituído en república, es suficiente garantía de que en adelante sabrá acatar sin reservas la doctrina general del Continente.

Como fundamento de los principios sentados, aunque con la mira principal del interés de su nación, el Presidente Monroe había dirigido al Congreso de los Estados Unidos el célebre mensaje de 2 de diciembre de 1823, que contiene las siguientes trascendentales declaraciones conocidas con el nombre de Doctrina Monroe:

He creído llegada la ocasión de afirmar como un principio en que están comprometidos los derechos e intereses de los Estados Unidos, que los conti-

nentes americanos por la libre e independiente condición que han asumido y sostienen, no deberán considerarse en lo futuro sujetos a colonización por ninguna potencia europea. Cumple a la ingenuidad y a las amistosas relaciones entre los Estados Unidos y las potencias europeas el deber de declarar que consideraríamos toda tentativa de parte de ellas para extender su sistema a cualquiera porción de este hemisferio, peligrosa a nuestra paz y a nuestra seguridad. En las colonias o dependencias actuales de las naciones europeas no hemos intervenido, y no intervendremos; pero respecto de los gobiernos que han declarado su independencia y la sostienen y la cual, fundados nosotros en grandes consideraciones y justos principios, hemos reconocido, veríamos cualquiera intervención de las potencias europeas con el propósito de oprimirlas o de disponer en alguna forma de sus destinos a la luz de no amistosas disposiciones hacia los Estados Unidos.

Esta doctrina, proclamada en tan solemnes momentos internacionales, debía servir de tabla de salvación para los pueblos latinoamericanos, en sus relaciones con Europa, puesto que rechazaba toda intervención del viejo mundo en nuestros asuntos y, sobre todo, en nuestros territorios.

El progreso realizado en el Continente y la importancia creciente de los Estados americanos, que habían creado sistemas constitucionales totalmente opuestos al absolutismo europeo; la actitud que en más de una ocasión habían tomado los Gobiernos de Europa, y más que todo, la gigantesca lucha en que se vió envuelta la República de Wáshington, daban grandísima importancia a la doctrina que, en tan feliz hora para su país, lanzó el Presidente Monroe como un reto a la Europa.

Bien pronto se vió, sin embargo, que esta doctrina, que fué entonces un arma de combate y hasta un principio de Gobierno, y cuya importancia y aceptación por parte de Europa se fundaba precisamente en el interés de todos los Estados de América, solo vino a tener aplicación posterior en exclusivo beneficio de los Estados Unidos.

La historia nos releva de demostrar que tal doctrina, a pesar de haber sido lanzada y primitivamente sostenida como principio general protector de todos los intereses del Continente, no siguió después su curso regular ni ha llegado hasta ahora al extremo límite de su desarrollo lógico, puesto que no ha servido de escudo a las naciones latinoamericanas sino en la medida del interés de los Estados Unidos, y es así como se explica que tan trascendental y salvadora declaración solo nos haya deparado beneficios ocasionales, aunque importantísimos, pues sus efectos se suspenden donde terminan las previsiones y seguridades de Norte América.

Ya en 1826 exigía Mr. Adams del Congreso de Panamá un acuerdo sobre la adopción de la llamada doctrina Monroe, por el cual "cada Estado se comprometía a defender con sus propios medios su territorio contra cualquier futura colonización europea," con lo que quedaba totalmente desvirtuada la primitiva declaración de Monroe.

La opinión del Congreso Americano a este respecto fué manifestada desde entonces con perfecta claridad por Daniel Webster: "La declaración de Monroe," dijo, "no nos obliga en ningún evento a tomar las armas por cualquier indicación de sentimientos hostiles de parte de las potencias europeas hacia Sur América."

Hasta se le quiso dar a la doctrina el carácter de una mera opinión del Ejecutivo ante el Congreso Americano. "Cuando el Mensaje del último Presidente de los Estados Unidos fué comunicado a la Cámara en 1823," dijo Polk, "él fué considerado, como debía serlo, como una simple expresión de opinión del Ejecutivo sometido a la consideración y deliberación del congreso y destinado probablemente a producir efecto sobre los Consejos de la Santa Alianza, en relación con sus supuestas intenciones de intervención en la guerra entre

España y sus antiguas colonias. Probablemente contribuyó a producir el efecto deseado; si eso es así, su misión quedaba cumplida. El Presidente no tiene autoridad para ligar a la Nación a aquel compromiso."

Últimamente ha venido a dominar la idea de que el desarrollo de esta doctrina, que en esencia debe sostener la diplomacia americana, corresponde a todas y a cada una de las naciones americanas.

Existe una doctrina Monroe, salvadora en principio para Hispano-América, pero de hoy en adelante compete a cada Estado hacerla respetar en su propio territorio con el control latinoamericano y aún con el mismo interés mundial.

El distinguido escritor argentino, Don Leopoldo Lugones, al ocuparse del panamericanismo en lá Revue Sud-Américaine de Paris, correspondiente al mes de enero de 1914, sienta esta conclusión: "La doctrina Monroe debe ya dejar de ser un monopolio de los Estados Unidos para que la hagan suya las Repúblicas latinas del Nuevo Continente."

La evolución que ha sufrido esta doctrina nos está demostrando que ella no es ya una garantía para la integridad territorial de las naciones sur-americanas y que, por consiguiente, se impone la consagración de principios protectores americanos que sustituyan tal doctrina.

Los peligros provenientes de las tendencias expansionistas de las potencias, lejos de haber desaparecido, aumentan día por día y, como queda establecido, tomarán proporciones alarmantes cuando termine la lucha europea.

No basta que Mr. Wilson, austero demócrata y el más depurado repúblico de cuantos hayan ocupado el solio de Wáshington, dijera en solemne ocasión que los Estados Unidos no volverán jamás a adquirir un pie adicional de territorio por medio de conquista. Tan preciosa declaración necesita aún la confirmación del tiempo y de los hechos.

NAVEGACIÓN DE LOS RÍOS.

Los ríos, como tributarios del mar, son un elemento destinado por la naturaleza a prestar a los hombres un servicio semejante al que les presta el mismo mar, cuyo uso es tan libre como inagotables e indivisibles son sus ondas que impiden toda demarcación permanente y que con sus corrientes y tempestades oponen una efectiva resistencia a la separación de las aguas. "Como la naturaleza propia del mar," dice el notable expositor Alfieri, "se resiste al dominio del hombre y como el uso de él es inagotable, carece del único carácter que en derecho podría justificar una posesión particular y exclusiva. La libertad y la libre navegación, el goce común e indiviso, es el estado natural, normal y verdadero del mar."

Oponer resistencia a la libre navegación de los ríos es pues como oponerla a la libertad de los mares, contrariar la obra y fines de la naturaleza.

Son, por otra parte, los ríos un lazo de unión natural de las naciones. Como dice el doctor Borda en sus conferencias de Derecho Internacional, sus pacíficas corrientes semejan una ancha arteria de vida, destinada a llevar a otros pueblos y quizá a otras razas la sangre misma, por decirlo así, de la industria y la riqueza. La naturaleza ha hecho de esas corrientes inevitables el símbolo de una eterna fraternidad de las naciones, imponiendo a sus necesidades la indestructible solidaridad del progreso y la civilización. Conductos mamilares de la tierra, esta virgen nutriz que alimenta a todos los hombres, segarlos es o sería acto suicida o de demencia.

La libre navegación de los ríos es una servidumbre natural establecida a favor de la sociedad de las naciones, la cual debe el Derecho Internacional declarar comprendida entre las que de esta clase están reconocidas por la ciencia como necesarias y conformes con el uso inocente de las cosas inagotables y mundiales.

"El principio de la libertad de los mares emana," dice Martens, "de la comunidad y solidaridad de los intereses de todas las naciones, y como los ríos forman con el mar un solo elemento, y son ellos las vías naturales y necesarias de la industria, del comercio y de los hombres, es claro que esta misma doctrina sirve de fundamento a la libertad de los ríos."

Por esta razón de la solidaridad internacional, algunas naciones han permitido que empresas extranjeras construyan en su propio territorio aduanas, embarcaderos, puentes, almacenes, estaciones de ferrocarril.

El Brasil, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, o sea casi todo Sur-América, que mandan a Europa los productos de sus bosques vírgenes, están vivamente interesados en la navegación del Amazonas, así como también lo está Europa que compra tales productos.

En el año de 1815 fué consagrada en el Congreso de Viena la libertad de la navegación de los ríos como principio del Derecho de Gentes, a iniciativa del Barón de Humboldt. Rusia, Austria, Prusia, Francia, Sajonia, Baviera, Dinamarca y los Países Bajos habían ya consignado en diversos tratados disposiciones convencionales sobre la navegación del Escalda, del Vístula, etc., y en esta legislación se basaron las célebres discusiones entre España y los Estados Unidos sobre la navegación del Misisipí y los arreglos con Inglaterra sobre el río San Lorenzo en 1828.

El Tratado de Viena nada estatuyó sobre el Río Danubio por no haber entrado aún la Puerta Otomana en "el concierto europeo," pero sí dictó reglas generales que podían hacerse extensivas a este río y al Rhin.

Mas la libre navegación del Danubio fué consagrada por el Art. 52 del Tratado de Berlín de 1878, que dice:

A fin de aumentar las garantías que aseguren la libre navegación del Danubio, *reconocida como de interés general para Europa*, las altas partes contratantes deciden que todas las fortalezas y fortificaciones existentes a lo largo del río, desde las Puertas de Hierro hasta la desembocadura, sean arrasadas y que no puedan construírse otras nuevas.

Puede decirse que las estipulaciones del citado Congreso de Viena y las de los Tratados de París (1856) y Berlín forman la legislación internacional sobre navegación de los ríos. De manera que el principio de la libre navegación de las vías fluviales puede contarse entre los progresos alcanzados en el siglo pasado por el Derecho de Gentes.

Pero es evidente que la legislación y jurisprudencia europeas y de los Estados Unidos no son estrictamente aplicables a la navegación de los ríos del Continente suramericano, como ya lo conceptuó el ilustrado publicista Don Manuel Ancízar. Efectivamente: la naturaleza especial de nuestros ríos, su gran anchura, los canales que constituyen algunos de ellos como el Casiquiare, el enorme delta de otros, como el Amazonas, que se confunde con el mar, y sobre todo, la vasta y complicada extensión de nuestro sistema hidrográfico que abraza todo el Continente, son circunstancias que hacen de éste un problema especial americano.

Además, la navegación fluvial está íntimamente ligada en América al problema de la colonización por medio del comercio y de la industria. La gran selva americana y principalmente la región colombiana del Caquetá, debe ser para nosotros motivo de preocupación especial, a fin de evitar que las corrientes migratorias de la codicia extranjera se apoderen de esas regiones que hemos tenido siempre tan abandonadas. Día ha de llegar en que esas ricas e inmensas comarcas sean pobladas y explotadas por nosotros mismos, y será entonces de grandísima importancia para Colombia su posición de ribereña del Amazonas.

Las regiones incultas e igualmente descuidadas, de la Goagira, del Orinoco, del Caquetá y del Putumayo, son otros tantos problemas que amenazan nuestra integridad territorial.

Hablando de las regiones amazónicas y orinoquenses con motivo de algunos atentados contra la soberanía colombiana por parte de un jefe militar venezolano, dice el Señor Ministro de Relaciones Exteriores en su Memoria del presente año:

La fertilidad de estas comarcas, el hallarse despobladas y exentas de la acción de la policía, y la facilidad de comunicaciones que ofrecen sus aguas corrientes, todo esto convida a la extracción de los variados productos que la naturaleza brinda en ésas soledades. Ellos atraen a los negociantes, quienes sustraídos a toda ley, en presencia de la riqueza y pudiendo oprimir a los más débiles entre los individuos de la especie humana, llegan hasta variar su propia índole y retrogradan en civilización, como retrogradaban los primeros conquistadores de América, deteriorando sus hábitos y venciéndose por inhumanos instintos en fuerza de la ocasión y de las circunstancias.

Hasta debiera tal vez promoverse una conferencia internacional, en que todo Sur América estuviese representado, para considerar este mal y tratar de remediarlo, antes de que la beneficencia extraña, más o menos sincera y desinteresada, agregue al mal de la enfermedad la afrenta de la ineptitud e involuntad para remediarla. Esa sí que sería una conferencia benéfica y justificada.

Es claro que al propio tiempo que debe reconocerse la libre e inofensiva navegación de los ríos, como un derecho perfecto de todos los países ribereños, la reglamentación del tránsito por dichos rios debe conservarse como un atributo exclusivo de la soberanía nacional.

En cuanto a los lagos, bahías, radas, ensenadas y canales formados por las aguas de los ríos, no deben considerarse como parte de ellos para los efectos de la libre navegación, sino que deben en un todo estar sujetos a la soberanía del territorio respectivo. Esto porque con respecto a tales porciones de agua no concurren las razones y circunstancias que se han expuesto para la libre navegación.

Debe haber además, las restricciones relativas al estado de guerra, y establecerse, en consecuencia, que ni los buques de guerra ni las embarcaciones armadas de cualquier clase que sean, puedan entrar o transitar por los ríos de jurisdicción ajena, ni anclar en ellos, sin previo permiso. La razón de estas restricciones está en que la navegación armada de los ríos cuyas riberas, cabeceras o afluentes pertenezcan a países diferentes, no es un derecho perfecto, sino que debe estar limitado por el derecho de defensa y por las ncesidades de la seguridad pública, y por lo mismo esta navegación debe estar regida por convenciones voluntarias entre los Estados ribereños.

Mas, a pesar de la racionalidad de esta doctrina, no ha sido siempre acatada por todas las naciones, especialmente por algunas de las repúblicas de América, donde este problema de la libre navegación de los ríos tiene una importancia especialísima, tanto por haber sido dotado nuestro continente de las mejores arterias fluviales, como por la falta de redes ferroviarias suficientes que suplan aquellas vías naturales.

La Argentina, el Brasil y sobre todo Venezuela, han sido los únicos países americanos en los cuales ha encontrado alguna resistencia la aceptación del principio de la libre navegación de los ríos. Mas parece que éstas naciones han cambiado ya de actitud sobre el particular.

En cuanto a Venezuela, los fuertes impuestos con que este país, durante la vigencia del tratado de 1842, había entrabado el comercio de Colombia por el Río Zulia, hacían necesarios nuevos arreglos sobre la materia. La simple declaración de nuestros agentes diplomáticos sobre la necesidad de tal reforma,

dió asidero a Venezuela para manifestar, por declaración de 10 de agosto de 1869, que desde el 27 de diciembre de 1867 habían caducado las estipulaciones del tratado en cuestión, relativas a comercio y navegación, además de las contenidas en los artículos 12, 13 y 14 del mismo tratado, que habían dejado de estar vigentes, en virtud de denuncio del mismo Gobierno de Venezuela, desde el 23 de enero de 1858.

Sabido es que hasta la fecha no se ha llegado a un arreglo definitivo de estas cuestiones, por más que el actual Gobierno Venezolano observa una actitud mucho más amistosa que la de los anteriores con respecto a Colombia.[1]

Nuestra Nación siempre ha sostenido la libre navegación de los ríos, y como ejemplo de sus prácticas internacionales en este sentido puede presentarse el tratado de comercio y navegación entre Colombia y el Brasil celebrado el 21 de agosto de 1908 y canjeado el 16 del mismo mes en el año de 1910, que contiene esta cláusula:

La navegación de los ríos reconocidos comunes a Colombia y al Brasil por su tratado de límites de 24 de abril de 1907, es completamente libre para los buques mercantes colombianos y brasileños, y para los primeros es igualmente libre la navegación del Amazonas y de los otros ríos que el Brasil ha abierto o abriere en lo sucesivo al comercio de todas las naciones, y no sean objeto de acuerdo especial entre los dos países.

Se hace, pues, necesario y urgente consagrar en el Derecho Internacional Americano este principio de la libre navegación de los ríos, que ponga término de una vez por todas a esos actos refractarios a la civilización de las naciones. Es necesario tener presente, como dice un ilustrado corresponsal de París, que los verdaderos progenitores de los ríos, son los países donde nacen, y que, por consiguiente, la pretensión de apropiárselos porque bañen las riberas de los países situados en la parte baja, no es sino un abuso y una usurpación que pugna con el derecho natural.

EXTRANJERÍA.

En la Segunda Conferencia Internacional Americana se firmó por la Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, los Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay, una Convención relativa a los derechos de extranjería, que contiene las siguientes importantísimas estipulaciones, que son base fundamental de la doctrina americana sobre la materia:

1ª. Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y deben hacer uso de ellos en el fondo, en la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales, salvo lo que disponga la Constitución de cada país.

2ª. Los Estados no tienen ni reconocen a favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas por su Constitución y por sus leyes.

En consecuencia, los Estados no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros por causa de actos de facciosos o de individuos particulares y en general de los daños originados por casos fortuitos de cualquiera especie, considerándose tales los actos de guerra, ya sea civil o nacional, sino en el caso de que la autoridad constituída haya sido remisa en el cumplimiento de sus deberes.

En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas del orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su demanda ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamarse por la vía diplomática sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal o violación evidente de los principios del Derecho Internacional.

[1] La Cancillería colombiana firmó últimamente con el Ministro de Venezuela un Convenio que conduce a la solución de este asunto.

Las dos primeras de estas conclusiones habían sido ya sustancialmente adoptadas, contra el voto de los Estados Unidos, en la primera Conferencia Panamericana reunida en Wáshington.

Tal doctrina ha venido a dar forma concreta y solemne a las ideas predominantes sobre extranjería en la diplomacia americana.

Ahora bien: la confirmación y ampliación de esta doctrina constituye un problema peculiar del derecho americano, cuya gran importancia y trascendencia depende de las continuas dificultades y peligros que al respecto se presentan a estas repúblicas en sus relaciones con las potencias mundiales que no vacilan en atropellar la soberanía nacional de los países débiles con tal de atender y apoyar reclamaciones, casi siempre injustas, de sus propios súbditos.

En América se ha extremado el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros hasta el punto de que han venido a quedar los primeros en situación muy desfavorable con respecto a los segundos. Ya el vocable "extranjero," que antiguamente era sinónimo de "enemigo," ha venido a ser equivalente de "*privilegiado señor.*"

Son muy frecuentes los casos en que las Potencias, contrariando los principios más elementales del derecho internacional, han intervenido en los intereses de sus súbditos y atentado para ese efecto contra la soberanía de los Estados latinoamericanos, pretendiendo fundarse en la instabilidad del orden interno y en la poca confianza que les inspira la administración de justicia en estos países.

¡Gran ironía resulta hoy esta desconfianza por parte de los que salvajemente se despedazan en pleno siglo XX con locura incontenible y furia insana, que no se saciará hasta no conseguir la destrucción total del enemigo!

Hoy más que nunca es injustificada esta desconfianza en la seriedad y estabilidad de las repúblicas americanas, la mayor parte de las cuales han entrado en la vía de un verdadero progreso, llegando algunas de ellas a ser potencias civilizadas de primer orden.

En la citada Segunda Conferencia Americana presentó Chile un proyecto de declaraciones más prácticas, a fin de reglar los casos en que procede la acción diplomática y aquellos en que los Gobiernos de América son irresponsables, para evitar así las abusivas exigencias de los Gobiernos fuertes.

Se dijo entonces por la delegación chilena que un extranjero no tiene derecho a reclamar indemnización de los perjuicios, vejámenes o exacciones sufridas en el territorio de su Estado, por causa de insurrección o de guerra civil, sino en el caso de que la autoridad constituída o sus agentes hayan sido remisos en el cumplimiento de sus deberes o no hayan empleado la vigilancia o precauciones necesarias en los casos que origine la reclamación.

Según las conclusiones aprobadas, solo debe aceptarse la reclamación por vía diplomática en los casos de denegación de justicia o violación de los principios de derecho internacional.

En la Conferencia de México se trató de la reglamentación por un tratado internacional americano de las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios de los extranjeros, siendo aprobado, en efecto, por todas las naciones representadas en la Conferencia, inclusive por los Estados Unidos.

Tal tratado, aprobado para un período de cinco años, constituye un progreso en la reglamentación de la materia, por la precisión con que están allí expuestas las ideas fundamentales de la cuestión. Su artículo primero dice así:

> Las Altas Partes contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios que sean presentadas por sus ciudadanos respectivos y que no puedan resolverse amistosamente por la vía diplomática, siempre que dichas reclamaciones sean de suficiente importancia para ameritar los gastos del arbitraje.

Sobre este punto de las reclamaciones pecuniarias se insistió en la Conferencia de Río Janeiro y se prorrogó por un período de cinco años el Tratado de arbitraje celebrado en México.

El Tema XI del programa de la Cuarta Conferencia de Buenos Aires estaba enunciado en estos términos: "Estudio de la continuación de los tratados sobre reclamaciones pecuniarias después de su expiración."

La misma Delegación Chilena expuso en esta conferencia la conveniencia de que tal convención fuera renovada por un tiempo indefinido.

Se insistió por la comisión respectiva en que el arbitraje sólo debe aplicarse cuando la vía diplomática esté justificada, fundándose para ello en que la soberanía interna de un Estado consiste precisamente en el derecho que conserva siempre de regir por sus leyes y juzgar por sus tribunales los actos jurídicos que se consuman en su territorio, salvo que el caso, por razones especiales, que tiene muy en cuenta el Derecho de Gentes, se convirtiera en cuestión de carácter internacional.

Son de trascendental importancia los principios sentados en esta última conferencia panamericana por la XI Comisión con respecto a lo que se entiende por denegación de justicia:

> Comprendiendo así los propósitos del proyecto, dice esta comisión, se da ciertamente a la expresión *denegación de justicia* el alcance más liberal, tomándola comprensiva de todos los casos en que un Estado llegue a faltar a las garantías que deben asegurar los derechos individuales. La falta de garantías no proviene solamente de la función judiciaria de un Estado: se produce también por la acción u omisión de los demás poderes públicos, el Legislativo y el Administrativo. Cuando un Estado legisla desconociendo derechos, o cuando reconocidos en la legislación las autoridades administrativas o judiciales no los hacen valer, en cualesquiera de esas situaciones se produce la responsabilidad internacional del Estado. En todos esos casos, desde que las leyes y las autoridades entienden que no deben asegurar al extranjero la protección necesaria, existe menosprecio de la personalidad humana y desacato a la personalidad soberana de otro Estado, y, por consiguiente, infracción de un deber de carácter internacional, lo que constituye siempre para las naciones una denegación de justicia.

El delegado americano, Mr. John Bassett Moore, se opuso a estas declaraciones, fundándose en que no era factible especificar tales fórmulas, que en nuestro concepto establecían precisamente una definición general.

Bien conocida y triste en extremo es la historia de la extranjería en nuestros países:

Si un extranjero es perjudicado en guerra civil, pide en el acto que se le indemnice a razón de cien pesos por cada uno que pierde, y esto aún cuando se haya hecho indigno de inmunidad por haberse mezclado en la política y aún en la contienda del país. El Ministro de su nación reclama, se presentan las escuadras extranjeras y . . . . nuestras costas son amenazadas y bloqueadas. El Gobierno amenazado o atacado trata de protestar contra el abuso de la fuerza, pero . . . . no le queda más remedio que pagar al fin lo que se le reclama y someterse a la humillación impuesta.

Un proceso semejante tiene lugar cuando la justicia persigue a un criminal extranjero.

La América latina debe insistir, pues, en la constante ratificación y perfección de las doctrinas sobre extranjería, que tienen para ella excepcional importancia, y sentar de manera definitiva el principio de que en América no hay fuero de extranjería y que por consiguiente los extranjeros que se establezcan en el territorio de cualquiera nación americana, quedarán sometidos incondicionalmente a las leyes del país donde residan, y su participación en la política del país se reputará como expresa renunciación de su carácter de extranjeros para los efectos de su responsabilidad por aquella participación.

El mágico prestigio y la superioridad, por nosotros consentida, que desde los tiempos de la Conquista han tenido los europeos sobre los americanos, hace de la extranjería un grave problema americano cuya solución está en la rectificación de las prerrogativas de los extranjeros que, por la causa apuntada y por una reacción muy natural en estos países esencialmente republicanos y democráticos contra el antiguo concepto, se han extremado en América hasta venir a quedar los nacionales en una situación muy inferior a la de los extranjeros, puesto que aquéllos sí tienen limitación en las leyes civiles para reclamar perjuicios, al mismo tiempo que carecen de cañones que los respalden en sus pretensiones.

Mas la civilización, que según un gráfico símil, tiende a irse como el agua a las superficies inferiores, ha invadido ya en bienhechoras cataratas el Continente Americano, por lo cual, ha llegado el momento de rechazar aquel desigual prestigio y de no aceptar superioridad alguna de las razas europeas sobre las americanas.

Hoy, que los pueblos anglo-sajones hacen ostentación de una superioridad apenas discutida y cuando asoma ya en el Oriente la amarilla faz de un nuevo sol cuyos resplandores alcanzan a tocar las riberas americanas, es necesario que este continente, penetrado de su misión histórica, se apreste para lo porvenir y trabaje por el engrandecimiento marcado para la América española en el gran reloj de los destinos humanos.

¿HAY PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL ESPECIALMENTE AMERICANOS?

Por MANUEL CASTRO RAMÍREZ,

Magistrado de la Corte de Justicia Centroamericana.

Desde Grocio viénese predicando la existencia de un derecho internacional universal, que rija las relaciones de todos los pueblos y que impere en todas las latitudes. El ideal pareció siempre hermoso y atrayente, porque involucraba la existencia de la gran familia humana, vinculada en derechos y deberes, y unida en la devoción a iguales postulados, como si la estructura moral del mundo, a despecho de las variabilidades físicas, permaneciera siendo una, constante e inmutable.

Epicuro, al sentirse "ciudadano del mundo" se imaginó cobijado por una soberanía universal, que suprimiendo fronteras y borrando antagonismos de raza, idioma, religión y costumbres, estrechara a todos los pueblos—al sajón como al latino, al germano como al eslavo, al galo como al judío—en un abrazo fraternal, síntesis de altos ideales, uniformemente sentidos en todos los hemisferios.

El movimiento portentoso de la sociología contribuyó a dar ensanche a esas nobles ideas, que el correr de los siglos ha ido trasmitiendo de generación en generación, aunque saturado ese legado precioso de cierto escepticismo cruel, nacido de la convicción de que nunca la humanidad, lo mismo en sus gloriosos ascensos, que en sus vergonzosas caídas, logró ver cristalizado en sugestiva realidad, el pensamiento acariciado por sociólogos y moralistas, en orden a hacer descansar las relaciones internacionales, al igual que las de los hombres entre sí, sobre la base inconmovible de los tres eternos principios de estricta equidad.

Por el contrario, un ilustre pensador español declaraba al mundo en estado caótico, cuya imagen es un inmenso mapa de contornos esfumados por densas penumbras.

Y es que la estructura moral de los pueblos no es homogénea. Aspiraciones diversas, tendencias opuestas, odios atávicos, orígenes viciados, son valladares infranqueables para pretender implantar una doctrina absoluta que cobije y regule la vida externa de Autocracias y Democracias: Czares y Presidentes.

No será menester combatir ese ideal, que nos mantiene en un mundo de ingenuos convencionalismos; pero sí predicar la verdad sin reticencias a fin de deslindar los campos de acción y preparar para América una conquista estable.

Por ahí habrá que empezar a levantar el gran edificio, que edificado sobre arena, la vorágine humana echó a tierra, operando una vergonzosa regresión a la barbarie.

Hay que predicar que América sí está penetrada de su deber actual y de su finalidad futura; declarando por el órgano de sus representantes en el Segundo Congreso Pan-Americano los principios básicos de la vida internacional de 21 Estados soberanos.

Pueblos jóvenes, donde ha echado hondas raíces el régimen democrático, que no alimentan odios de raza, porque americanos de origen español y americanos de origen inglés abominan del uso de la fuerza y anhelan compenetrar sus intereses sin ocurrir al Derecho de Roma, imperante todavía en el resto del mundo; pueblos soberanos, con gobiernos representativos y responsables, adictos al cánon de irrestricta libertad; pueblos, en fin, que no mantienen sus fronteras erizadas de bayonetas ni están distanciados por rivalidades substanciales, tienen el deber de sentar los principios adecuados a su excepcional condición jurídica y geográfica.

Y lógico será también que entidades políticas que conviven en forma tan armónica, conscientes de su deber y su destino, planteen los problemas que especialmente les afecta, para darles solemne solución, tan alta y justiciera, que desvanezca prejuicios existentes y dé testimonio elocuente de mutuo respeto en las relaciones continentales y de paz y tranquilidad con el Viejo Mundo.

Demostrar que existen esos "problemas especiales" y que es llegada la ocasión de resolverlos, es el propósito de esta *Memoria*, formulada bajo los auspicios del Honorable Comité encargado de organizar la participación de la República de El Salvador en el Segundo Congreso Pan-Americano.

I. PANAMERICANISMO O HISPANISMO?

Este es el primer problema que, sin debilidades ni atenuaciones, deben abordar hombres pensadores de América. Y será mediante una exposición desnuda de los hechos históricos y de la exteriorización franca de las opuestas tendencias políticas, como podrá lograrse una *entente* que satisfaga las aspiraciones del alma continental.

Los americanos del Norte, pletóricos de vida, libres de vicios y deficiencias atávicas, fecundos en iniciativas de práctica efectividad, realizaron una unión firme y estable, dando nacimiento a una república modelo, vigorosa en las instituciones y alta en la concepción de sus destinos.

Su régimen de vida constitucional inspiró justas emulaciones en los pueblos indo-latinos, los cuales bebieron en aquellas fuentes, puras en su origen, enseñanzas luminosas.

Las diferencias de raza no fueron óbice para la fortificante comunión de las ideas. Wáshington, Lincoln, Jefferson y Madison, fueron también consagrados en el santoral latino-americano.

Nuestros pueblos de habla castellana, menos preparados para el gobierno propio, han tenido una evolución lenta y dolorosa; mas no vacilaron en aceptar con entusiasmo el sistema democrático, desiderátum de sus aspiraciones patrióticas, y que ha llegado a alcanzar en algunos Estados maravilloso desarrollo.

Y anglo-sajones e indo-latinos vivieron vida de tranquilidad y mutua inteligencia, sin nubarrones que empañaran su límpido horizonte. El genio de Bolívar, allá en los albores de la Independencia, quiso realizar su hermoso sueño de Confederación, confiando su desarrollo al célebre Congreso que en el año 1826 reunióse en Panamá; y tan magna empresa arrancó al ilustre Presidente Adams, estas halagadoras frases, reflejo fiel de un amplio espíritu de confraternidad:

Que el Congreso de Panamá, decía, realice todos, o siquiera alguno de los beneficios trascendentales que trata de hacer a la raza humana y que enardecieron la mente del primero que lo propuso, no podríamos prometérnoslo sin presumir muy favorablemente acerca de los sucesos. Por su naturaleza es una idea especulativa y experimental; la bendición del cielo puede convertirse en provecho del género humano; accidentes imprevistos y desgraciados que no deben anticiparse, pueden burlar todos sus altos fines y defraudar las más hermosas esperanzas. Pero el designio es grande, es benévolo, es humano. Se encamina a la mejora de la condición del hombre. Es hermano del espíritu que produjo la declaración de nuestra independencia; que inspiró el preámbulo del primer tratado con Francia; que dictó nuestro primer tratado con Prusia, y las instrucciones según las cuales fué negociado; que llenó los corazones y abrasó las almas de los inmortales fundadores de nuestra revolución.

Y como esa, muchas son las pruebas de hidalguía que dió en los comienzos de su vida autónoma el pueblo norte-americano.

Desgraciadamente, esos cauces serenos han sido a veces abandonados. Con frecuencia ha sido echada al olvido la conducta gallarda de aquellos ilustres patricios, y la zozobra y la desconfianza se dibujaron en el cielo de la América Hispana. Y con ellas nació la idea de oponer al imperialismo de la raza sajona, la unión amplia, fuerte y fecunda de la raza indo-latina.

Pero es menester no ahondar la división que pudiera presentarse ni alimentar alianzas exclusivistas que darían el espectáculo doloroso de una vida inarmónica en el seno del continente americano, llamado a un futuro de grandeza.

Hay que tener fe en que una saludable penetración del porvenir de estos pueblos, hará imposible el ejercicio de una odiosa hegemonía que no sancionan la justicia ni la necesidad; hay que creer en que el pueblo norteamericano no patrocina el funesto régimen imperialista, sin traducción honrosa en el lenguaje de la ciencia; y que más bien, erguido sobre el pedestal de su grandeza, lanza de continuo acres censuras sobre aquellos de sus funcionarios que sembraron la duda y la desconfianza en países vecinos y amigos.

La mano impulsiva de Roosevelt cercenó a Colombia su poder de soberanía en el Istmo de Panamá; y América entera sintió fuerte conmoción. Y aunque el mal es irreparable, la reacción empieza a operarse, al favor de la opinión pública que reclama borrar la herida, abierta aún, mediante una fuerte indemnización.

Y si el Senado, desechando ciertos brotes de amor propio, que no se compaginan con la estatura moral del pueblo americano, da su voto de aprobación no sólo a las cláusulas dispositivas del proyecto de tratado sino también a las razones de índole moral que le sirven de sustentáculo, se habrá dado un paso en firme hacia el ideal panamericano.

Provincias de México fueron anexadas al territorio de la Unión; y cuando la obra del tiempo y de la posesión no interrumpida obraban como eficaces sedantes, una política de vacilaciones, unida a deplorables complacencias con

caudillos revolucionarios que están asolando a México, vienen de nuevo a encender la hoguera de división entre dos pueblos que deben marchar unidos.

Si la hecatombe continúa y los manes gloriosos de Hidalgo, Morelos y Juárez no iluminan los senderos de su pueblo, el panamericanismo tiene campo para exteriorizarse, en forma fraternal y amigable, mediante la acción conjunta de todos los países del continente. Para ello será preciso reconocer un gobierno legítimo en México, designando entre las fracciones en lucha aquella que una a mayor fuerza material algún prestigio moral. Y a esa entidad política, América toda—sajona y latina—prestarán el contingente necesario para encarrilar a ese infortunado país por la senda de la normalidad.

Ese sería un bellísimo ejemplo de solidaridad, y prueba irrefutable de que el anhelo de Mr. James Blaine es ya una realidad tangible desde la apacible y aristocrática Wáshington a la opulenta y rica Buenos Aires.

Cuba soportó con mayor empuje el fuerte aleteo; pero patriotas cubanos, dignos herederos de las virtudes de Martí predican la necesidad de que cese la vigencia de la Enmienda Platt; y quiera el destino deparar a la perla antillana el privilegio incomparable de ser libre en la plenitud de sus anhelos.

Nicaragua, por obra de los privilegios con que natura la dotó, también está en condición de intervenida. La cordura de sus hijos puede hacer cesar ese estado de cosas que reprueba el sentimiento centroamericano, el cual, por otra parte, no es adverso a que Estados Unidos obtengan el derecho exclusivo de construir un canal interoceánico al través del río San Juan. Simplemente reclama que el pacto respectivo satisfaga el prestigio moral que debe rodear a ambos contratantes, como entidades libres y soberanas.

Nicaragua, en homenaje a intereses continentales, debe renunciar a la posibilidad de una futura contratación con una potencia europea o asiática; mas esa renunciación no puede traer aparejada cláusulas que involucren disminución de poder soberano.

¿A qué seguir en el recuento de las caídas, si la sanción moral se ha hecho sentir en diversas formas?

Además, el momento actual no es para lanzar recriminaciones. Bastará que los países latinos, fuertes en el derecho que les asiste, induzcan a la diplomacia norteamericana a entrar en la honrosa vía de un panamericanismo noble y elevado, nugatorio como doctrina y como sistema si él no descansa en el respeto absoluto debido a las soberanías débiles.

Alcanzada esa aspiración, será ridículo hablar de unión latino-americana y de compactar la resistencia, porque una fuerte vinculación moral imperará en el continente de Colón, sobre la base de granito de una fraternidad honda y sentida.

El "imperialismo" como sistema de dominación y de conquista, aun bajo la sugestiva excusa de un desborde de potencialidad al través de las fronteras, debe quedar solemnemente proscrito en el derecho internacional americano. Este será el eslabón más sólido que unirá en el decurso de la historia a las tres porciones de América, para marchar resueltas a la realización de sus grandes destinos.

Frente a Europa imperialista, porque la guerra actual es obra del "imperialismo," que dicho sea en honor de la verdad histórica tanto ha imperado en la pujante Alemania, como en la soberbia Inglaterra, y en la Francia republicana y en la Rusia de los Czares, debe América levantar la bandera del respeto absoluto a las nacionalidades, por diminutas y raquíticas que sean, como la conquista más halagüeña del panamericanismo.

Cuando el Presidente Johnson, divorciado de la opinión pública, cuyo dedo denunciador le acompañó hasta los estrados de los tribunales de justicia,

sentó la tesis nefanda de que "la ley de la gravitación política impulsa a los pequeños estados a caer en las fauces de las grandes potencias," dió nacimiento al panhispanismo, como fuerte atalaya contra las amenazas de una política cesarista.

En cambio, con ocasión del Congreso Panamericano reunido en Río Janeiro, el ilustre ex-Secretario de Estado Root, dijo:

"Consideramos la independencia y la igualdad de derechos del más pequeño y débil miembro de la familia de las naciones, con título a igual respeto al del imperio más grande, y consideramos que la observancia de ese respeto es la principal garantía de los débiles contra la opresión de los fuertes. Ni pretendemos ni deseamos derechos ni privilegios ni poderes que no concedamos libremente a toda República Americana."

Tales palabras, que merecieron la entusiasta aprobación del Presidente de la Unión, tuvieron eco simpático en el corazón de América latina, alentada en sus esperanzas de hacer fructificar la simiente del panamericanismo, abonado por una franca y leal fraternidad.

Robustezcamos ese sentimiento, en gracia a los innúmeros beneficios que a todos los países de América reportará. Restituyamos, como dice un erudito escritor, en el altar de nuestras devociones a los *Pilgrim Fathers*, y combatamos a los que se han convertido en servidores de Calibán.

El eje de esa *entente* puede consistir en el establecimiento de relaciones comerciales, de tal naturaleza, que identifiquen a las naciones americanas en grandes perspectivas de progreso y vitalidad, sin detrimento de las peculiaridades inherentes a cada una de ellas.

Laborando sobre ese terreno habrá de obtenerse la Unión Aduanera, preconizada desde hace muchos años como un medio eficaz de afianzar la libertad comercial de este Continente; y mediante conquistas de índole intelectual y moral habrá de llegarse a armonizar las diversas tendencias educativas, para oponer fuerte valladar a los progresos de la burocracia y preparar a los pueblos al advenimiento de un fecundo industrialismo. Y si la historia comenta con acritud la "perfidia fenicia," entonces tendría que ser, en el futuro, la pregonera de la "nobleza americana."

Que ambas razas aunen sus esfuerzos. Que la anglo-sajona dé el "sentido práctico," su nervio impulsor y tesonero; y que la raza latina lleve el contingente de su espiritualidad, de ese sentimiento artístico y delicado, que la mantiene perennemente enamorada del ideal; pero que no haya razas vencidas ni inferiores, ni siquiera odiosas hegemonías, sino aliento fraternal, mutua ayuda, asistencia noble y desinteresada.

Cuenta la historia, que doce pueblos, en los comienzos de la humanidad, formaron una liga fraternal dando el primer ejemplo de federación, y que, en Delfos, un Tribunal anfictiónico dirimía las controversias entre los Estados que daban tan alto ejemplo de solidaridad.

América, en pleno siglo XX ¿no podrá ir sentando las bases para llegar siquiera a consagrar una unión moral?

La obra gigantesca del Canal de Panamá, realidad patente y notoria, coloca a los Estados americanos en situación jurídica especial, no sólo en cuanto a intereses políticos y económicos, sino frente a la necesidad de organizar un sistema nuevo de derecho internacional, creador de principios definidos y de eficacia moral bastante, para fincar sobre ellos el edificio del panamericanismo.

Para que ese sistema jurídico pueda ser la resultante de un noble sentimiento de mutua simpatía, debe descansar en los siguientes postulados, que sancionados por el Segundo Congreso Científico Panamericano, tendrían la virtud de señalar orientación al Derecho Internacional Americano.

I. Por obra del panamericanismo no existe antagonismo entre las razas anglo-sajona e indo-latina.

II. El panamericanismo consiste en la unión moral de los Estados Unidos del Norte con las Repúblicas latinas del Centro y Sud-América; descansando tal *entente* sobre la base del más recíproco respeto y perfecta igualdad.

III. Es opuesto al ideal panamericano toda tendencia expansionista, exteriorizada en forma de adquisición de territorio, por venta, arrendamiento o cesión, o en forma alguna que implique disminución de soberanía.

IV. La adquisición de bases navales es una forma disfrazada de apropiación de territorio; y

V. La intervención en el manejo de las rentas públicas por medio de recaudadores de aduana o en otra forma que lesione la potestad soberana, no será cláusula lícita en los contratos que celebren las naciones americanas.

II. DOCTRINAS MONROE-DRAGO Y TOBAR.

Grandes tentativas realizaban las colonias españolas para independizarse. No contaban sino con el ardoroso entusiasmo de sus hijos y con la simpatía moral de los americanos del norte; la cual se mantuvo vacilante e incierta, no obstante los esfuerzos de la naciente diplomacia sudamericana, hasta que las famosas declaraciones del Tratado de Verona y el satisfactorio arreglo en la venta de las Floridas, dió justo estímulo al Gobierno norteamericano para adoptar una actitud resuelta.

Contra los empeños de España y las intrigas de la Santa Alianza, la Cámara de Representantes aprobó la opinión del Presidente Monroe externada en el Mensaje de 19 de marzo de 1822 en el sentido de reconocer la independencia de aquellas provincias españolas que estuvieran ya en ejercicio de su autonomía.

Aquel memorable pacto, en el cual el 22 de noviembre de 1822 Metternich, Chateaubriand, Bernstet y Nesselrode ponían sus firmas en representación de Austria, Francia, Prusia y Rusia, lanzaba a América este formidable reto:

"Estando convencidas las Altas Partes Contratantes de que el sistema de Gobierno representativo es incompatible con los principios monárquicos, y la máxima de la soberanía del pueblo con el derecho divino, se comprometen de la manera más solemne a esforzarse para poner fin al sistema de los Gobiernos representativos en los países de Europa donde exista y *para impedir que se establezca donde todavía no es conocido.*

Y como si eso no fuera bastante, las Partes se obligan, además, a adoptar las medidas convenientes para suprimir la libertad de imprenta, "por ser el más poderoso medio usado por los falsos sostenedores de los derechos de las naciones en detrimento de los derechos de los príncipes."

Entonces vino el luminoso Mensaje del ilustre Presidente Monroe, que con la mira de preservar a América de las asechanzas europeas, sentó las bases de la política externa de los Estados Unidos con relación a la vida autónoma del resto del Continente.

Ese notable documento histórico llenó varios objetos:

I. Declarar "que los continentes americanos, por la condición libre e independiente que han asumido y sostienen, no pueden de hoy en adelante estar sujetos a futura colonización por las naciones europeas;" con lo cual quedaba fijada la línea de conducta de Estados Unidos en cuanto a las pretensiones de Rusia al Oregón, entonces en litigio con Inglaterra.

II. Hacer sentir a la Santa Alianza la imposibilidad de realizar en América su labor obstruccionista al régimen democrático, mediante esta formal advertencia: "toda tentativa de las potencias europeas para extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio, se considera peligrosa a nuestra paz y seguridad; y

III. Proclamar la tesis de que cualquier intervención para oprimir o dominar los destinos de los países americanos que han declarado su independencia será vista como manifestación no amistosa a los Estados Unidos."

Tales principios, cuyo conjunto armónico forma la memorable Doctrina de Monroe, sirvió de firme sustentáculo a las nacientes repúblicas de América, sobre cuyos hermosos horizontes se cernía inquietante la sombra de la Santa Alianza. Negar a Monroe y a los demás ex-Presidentes de la Unión Americana que le precedieron en la concepción vaga e incierta de su doctrina, la eficacia moral de su gallarda actitud, es ir derechamente contra los postulados de la lógica y las enseñanzas palpitantes de la historia.

Noble y buena fué la doctrina en su origen; firme en sus altas concepciones; eficaz para el fin que perseguía; amplia bandera de defensa para todas las soberanías jóvenes de América y vínculo fuerte de solidaridad continental.

Desgraciadamente, su interpretación auténtica no ha sido uniforme; y ella ha fluctuado a merced de intereses políticos, casi siempre hermanados con intereses económicos. La Doctrina de Monroe, dice un genial escritor, provoca y defiende; es mensajera de paz y a veces de la anarquía. Tejiendo y destejiendo como Penélope, los estadistas norteamericanos han sido los únicos que, con criterio voluble en extremo, cruel a veces, han sembrado la anarquía en Latino-América en lo que a la consagración real de la doctrina se refiere.

A la hora presente no queda de las declaraciones de Monroe sino el recuerdo histórico. Polk y Grant, invocando la doctrina, tornáronse conquistadores; Olney creyó ver en ella una tutela moral; Roosevelt la bautizó de imperialismo; Taft la saturó de la más odiosa tutela internacional; Knox la salpicó de sangre; Root fué idealista y generoso en su concepción; Bryan indefinido; Wilson, fraternal, noble y sincero cuando anuncia el respeto absoluto a las soberanías del Continente; Lansing . . . Lansing es todavía una hermosa promesa! De su vigoroso espíritu investigador y de su indiscutible competencia, los pueblos indo-latinos esperan una fórmula concreta y salvadora de todos los escollos internacionales.

Decíamos que Root tenía una concepción noble y elevada de la Doctrina de Monroe; y ello nos lo demuestra su erudito discurso pronunciado en abril del año próximo pasado en la Sociedad de Derecho Internacional Americano.

El ilustre ex-Secretario de Estado declara enfáticamente que la doctrina no puede interpretarse en otro sentido que en el de impedir colonizaciones europeas en América. Que quienes la invocan para hacer surgir un Estado-Policía, un odioso tutor, un dómine internacional, falsean sus cimientos y desnaturalizan su estructutura moral.

Sin embargo, hay algo que no nos satisface en la tesis magistralmente desarrollada por el honorable estadista. "Puesto, dice, que la Doctrina de Monroe es una declaración basada en el derecho de Estados Unidos para protegerse a sí mismo como nación, esa doctrina no puede ser transformada en una declaración conjunta o común a todas las naciones americanas o de un número dado de ellas." ¿Por qué? ¿Acaso la unión moral de las naciones del continente no sería una nota hermosa y consoladora? ¿No todas ellas mantienen igual interés en el respeto absoluto a la integridad continental? ¿Por qué no hacer de una doctrina exclusivamente americana, una doctrina pan-americana?

Por el contrario, creemos que es llegado el momento de que Estados Unidos declare, de una vez por todas, la interpretación auténtica de esa doctrina y que Latino-América la acepte. Así quedarán zanjadas las diferencias de criterio; renacerá una confianza absoluta en los países centro y sud-americanos y la conducta norte-americana aparecería aquilatada en el crisol de la justicia internacional.

Y eso es lo que pedimos al Congreso Panamericano como el mejor homenaje al ideal que lo preside.

La fórmula de consagración puede ser la siguiente:

I. Los Estados Unidos afirman por el órgano de sus representantes en el Congreso que las declaraciones de Monroe contenidas en su célebre Mensaje de 2 de diciembre de 1823 no tienen otra interpretación lógica y natural que una prevención a las potencias europeas en el sentido de impedir toda tentativa de colonización en el continente americano; las cuales, caso de exteriorizarse, ya sea con objeto de oprimir algún país o para dirigir sus destinos, serán consideradas como poco amistosas (unfriendly).

II. Los Representantes de los demás países ibero-americanos, por su parte, en consorcio de los Delegados de Instituciones o Corporaciones científicas de Latino-América, aceptan la interpretación auténtica de la doctrina Monroe expresada por los Representantes norte-americanos, y declaran que por su trascendencia histórica, política y moral ella forma parte integrante del Derecho Público de América.

En una palabra, que América entera cristalice la Doctrina de Monroe en este luminoso pensamiento de Santiago Pérez Triana: "La declaración de Monroe cerró el Continente de América al sistema europeo, y consagró el Continente americano al sistema de la Democracia."

DOCTRINA DRAGO.

A Luis M. Drago, ilustre ex-Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina cúpole la gloria de promulgar una hermosa adición a la doctrina de Monroe fijando en líneas concretas su verdadero alcance internacional en lo que a deudas públicas se refiere. Porque, efectivamente, la tesis de Drago no es sino de la esencia Monroista.

Las escuadras combinadas de Inglaterra, Alemania e Italia, bombardearon el año de 1902 el fuerte de Maracaibo, en Venezuela, echaron a pique varios buques de guerra pertenecientes a esta nación y establecieron un verdadero bloqueo. Tan odiosa actitud tenía por móvil principal "el hecho de que los pagos correspondientes al servicio de la deuda exterior estaban demorados, con perjuicio de los intereses comerciales de casas inglesas, alemanas e italianas."

El espíritu clarividente de Drago sintió graves inquietudes, al ver amenazado tan hondamente el porvenir de las naciones débiles de América. Y haciéndose intérprete de la angustia continental, en célebre nota dirigida al Representante de Argentina en Wáshington, delineó con caracteres francos la anormal situación creada por la intervención extranjera en Venezuela; la cual juzgó no sólo un peligro común, sino como el funesto preliminar de una política internacional que podía culminar en atentados de conquista o en perniciosos vasallajes, si las naciones de América no protestaban contra el abuso, reclamando el respeto debido a la integridad del Estado.

Un eco de universal simpatía repercutió de uno al otro confín de América; un aplauso entusiasta saludó el advenimiento de esa sabia doctrina, que descansa en la afirmación irrestricta de que las deudas públicas de un Estado no pueden dar ocasión a una intervención militar ni a ocupación de parte alguna de su territorio.

La tesis, vagamente externada antes por otros autores, tomó cuerpo, y despertó de su letargo a los estadistas que habían echado al olvido el ejemplo pernicioso consumado en el puerto de Veracruz de año de 1860 por las Potencias bloqueadoras.

Sin embargo de tan halagadora atmósfera, la Doctrina Drago no obtuvo consagración definitiva en la Tercera Conferencia Panamericana reunida en

Río de Janeiro, ni en la Asamblea mundial de La Haya. La primera apenas consignó una generosa excitativa a la segunda para que examinara el tema propuesto y los medios de disminuir los conflictos provenientes de reclamos pecuniarios.

Y en La Haya, los representantes latino americanos, llamados a librar ese combate del pensamiento, mantuviéronse, por lo general, apáticos y retraídos, cuando no hostiles, y el resultado, en consecuencia, no satisfizo los ideales del célebre patrocinador de la doctrina. Quedó, sí, adoptada una fórmula acomodaticia, en que si bien algunas potencias se comprometían "a no hacer uso" del empleo de la fuerza armada para el cobro de deudas provenientes de contratos, la proscripción no fué absoluta ni solemne. Sin embargo, se abrió camino a las sugestivas conquistas del arbitraje, porque se estipuló que la renuncia al empleo de la fuerza no regiría en los "casos en que el Estado deudor rehuse o deje sin contestación una proposición de arbitraje, o si después de aceptar éste, estorbase la celebración del compromiso, o rehusare acatar el laudo pronunciado en el arbitramento."

América no puede conformarse con ese estado de cosas. Menester es que incorpore a su Derecho Público una fórmula concreta y solemne que consagre y amplíe la tesis del estadista argentino; afirme, al propio tiempo, la existencia del panamericanismo, y sea una clara advertencia de que las naciones de este Continente forman una entente moral contra toda tentativa de opresión interna o externa que ampare reclamos pecuniarios.

Así quedará alejado un peligro más para la vida de estos países y tornaráse continental el pensamiento exteriorizado con tanta gallardía por el Gobierno de la República Argentina.

En el terreno jurídico-internacional la Doctrina Drago es inatacable.

Las medidas de compulsión empleadas en otros tiempos para la efectividad de las obligaciones privadas, cayeron en desuso por obra de la humanización del derecho, que consagró el respeto absoluto a los fueros de la personalidad individual. Los Estados, personas jurídicas por excelencia, han menester para vivir y desarrollarse en el concierto internacional, de que se les consagre igual respeto. Permitir medidas de fuerza en ejercicio de una acción de cobro es herir de muerte los derechos de libertad e independencia y abrir ancho camino a la conquista, bajo la fácil maniobra de un "control" financiero, que trae siempre aparejado todo un sistema de franco protectorado: posesión de las aduanas marítimas e intervención en el manejo y recaudación de las rentas públicas.

El Derecho Público Americano debe condenar ese cortejo de iniqüidades, y proclamar que las *deudas públicas* se rigen por el derecho común, cualquiera que sea su origen y condición.

Y si bien el ex-Ministro señor Drago se concretó a negar toda acción armada a las reclamaciones sobre deudas públicas provenientes de empréstitos o contrataciones privadas, la lógica rigurosa en la doctrina y su perfecta estructura moral exigen ampliarla en términos tales, que caiga bajo su amparo todo reclamo de carácter pecuniario, ya se trate de obligaciones contractuales de un gobierno o provenientes de relaciones jurídicas de índole privada. En ambos extremos el honor nacional exige el respeto absoluto a los fueros de la soberanía.

A los países latino-americanos interesa especialmente que esa tesis sea aceptada por Estados Unidos y convertida en doctrina continental, porque las opiniones emitidas hasta ahora por los estadistas norte-americanos dejan mucho que desear. Roosevelt aceptó la doctrina y Root la recomendó especialmente; pero la Delegación americana a la Conferencia de La Haya propuso una fórmula ambigua, inadecuada para cortar totalmente el peligro de abusos.

De ahí la necesidad de despejar esa situación de incertidumbre, mediante francas declaraciones de quienes lleven al 2° Congreso Científico Panamericano la representación de la conciencia ilustrada de toda la América.

Y que de una vez por todas, quede también consagrado el respeto absoluto a la legislación interna de cada país americano. Que los intereses extranjeros ocurran al medio de la justicia nacional para reclamar su derecho, aún contra el Estado deudor.

Esta tesis ha sido mantenida brillantemente por el ex-Ministro de Relaciones de El Salvador, Doctor Salvador Rodríguez González, quien al comunicar instrucciones a los Delegados salvadoreños a la Cuarta Conferencia Internacional Panamericana externó estos notables conceptos:

"Inspirándose en los principios que acabo de desenvolver, el Ministerio de mi cargo propuso a la Asamblea Nacional Legislativa un Proyecto de Ley sobre reclamaciones pecuniarias contra la Nación, por nacionales y extranjeros; proyecto que, convertido en ley, ha sido promulgado en el *Diario Oficial*, del cual envío a ustedes cinco ejemplares.

"En esa Ley, como se servirán ustedes notarlo, se establecen los casos en que taxativamente puede declararse responsable al Gobierno por daños y perjuicios procedentes de actos de autoridad—delitos o cuasi delitos de Derecho Internacional, siempre que el perjudicado sea extranjero—y se establece un procedimiento sumario, breve y sencillo, para hacer efectiva la obligación indemnatoria, en el cual conocen y resuelven dos Tribunales colegiados, en las dos instancias que recorre el juicio; Tribunales compuestos, como ustedes lo saben, por abogados competentes y honorables.

"No ha podido facilitarse más a los extranjeros la forma y los medios de hacer efectivos, por nuestros propios Tribunales, los reclamos que pretenden entablar contra la Nación, de acuerdo con las disposiciones de la nueva Ley, cuya exposición de motivos encontrarán ustedes en el número del Boletín del Ministerio, correspondiente al mes de mayo del año anterior.

"El Salvador no puede ni debe, pues, aceptar en lo sucesivo ningún acto o tratado internacional, en materia de reclamos diplomáticos por daños y perjuicios, sin que antes se haya discutido por el damnificado la entidad del daño y su monto, ante nuestros tribunales; y sólo cuando haya agotado en este juicio los recursos que la nueva Ley le otorga, podrá el extranjero acudir a la vía diplomática en los casos que connumera el Art. 18, que son los que taxativamente señala el Derecho Internacional, para justificar la acción de un Gobierno extraño a favor de sus súbditos o ciudadanos."

Cuán satisfactorio sería para el buen nombre de ambas razas que se llegara a estas científicas conclusiones:

I. Queda proscrito en América el empleo de la fuerza en apoyo de una reclamación pecuniaria, de cualquiera índole que sea.

II. El Estado o particular deudor, antes de ocurrir a la vía diplomática, deberá reclamar su derecho por los medios que franquee la Legislación interna de cada país.

DOCTRINA TOBAR.

La noble sangre ibera, que tantos heroísmos alimentó, al ser trasplantada a la ubérrima tierra americana, perdería colorido; pero no vigor. En perenne ebullición, el calor del trópico le hizo ensanchar nuestras venas y correr tras la aventura y la revuelta.

La carrera ha sido larga y dolorosa. Guerras, inquietudes y motines, forman gran parte de la historia de los pueblos latino-americanos. Su juventud da margen a una justa excusa, amén de que no siempre el ciego instinto de la guerra los llevó a la lucha exterminadora. Muchas veces—quizá en la mayoría

de los casos—el pueblo pretendió conquistar por medio de la violencia el derecho vulnerado o salvar la dignidad nacional ultrajada. Pero, se multiplicaron tanto las ocasiones de guerras internacionales o civiles, que cayó sobre los pueblos convulsos la reprobación de estadistas, moralistas y sociólogos. Y llegóse hasta pensar en la existencia de razas incompetentes!

El espectáculo que actualmente da el mundo civilizado, nos descarga de la responsabilidad histórica y presta ocasión a ensayar una defensa y a formular una acusación. Mas todo ello llevaría el sello de un sentimiento egoísta y estéril. Mejor será que, meditando sobre las propias caídas y olvidando las ajenas, nos pongamos en camino de no reincidir.

Entre los medios escogitados para evitar aquel estado deplorable de agitación, merece ocupar término preferente la Doctrina Tobar, llamada así en homenaje debido a su autor, el señor don Carlos R. Tobar, ex-Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador, en donde con mayor encarnizamiento se han hecho sentir las luchas intestinas y las bruscas transiciones políticas.

La esencia de la Doctrina, tal cual su ilustrado autor la proclamó, es la siguiente:

> El mejor medio de poner fin a los violentos cambios de Gobierno, que inspirados en la ambición, suelen perturbar el progreso y desarrollo de las naciones latino-americanas, ocasionando sangrientas guerras civiles, consiste en negarse a reconocer los demás Estados al gobierno nacido interinamente de la revolución, mientras no demuestre contar con la voluntad del país.

Ese antídoto contra las revoluciones, es maravilloso.

Si después de lucha cruenta y de penalidades inenarrables, el caudillo revolucionario no puede acariciar las dulzuras del Poder, la cordura le indicará retraerse de entrar en acción bélica y buscar en la evolución lenta, pero tranquila, la ansiada conquista. Porque es indudable que la falta de reconocimiento internacional aisla a un gobierno; desprestigia su causa; enerva sus entusiasmos; le condena a la más absoluta impotencia moral y financiera; convirtiéndole en órgano de bandería y en Gobierno de "facto."

Y no se diga que tales ideas matan el derecho de insurrección, reconocido en todas las Constituciones democráticas como el refugio salvador de un pueblo libre. No. Ese sagrado derecho queda en pie, inconmovible, desafiando todas las inclemencias. Lo único que se anhela es cortar abusos; poner diques a la continua revuelta y frenos a la desmesurada ambición. Que, por otra parte, si esa revuelta es justa y esa ambición noble, el sufragio de la mayoría les dará su solemne aprobación. Y, entonces, el *reconocimiento* vendrá a dar solidez a la obra popular.

Todo dependerá de que los Estados obren con imparcialidad, sin dejarse arrastrar por intereses de momento, en holocausto de los cuales se sacrifiquen el porvenir y la tranquilidad de un país.

El Estado que sepa cumplir con decoro e hidalguía sus altos deberes de neutralidad, está ampliamente capacitado para resistir a la lucha de opuestos intereses, y sabrá cumplir con rectitud la fórmula salvadora creada por el ex-Ministro Tobar.

Esa fórmula está ya incorporada al Derecho Público de Centro América, donde las revoluciones tuvieron campo propicio para desarrollarse.

Los pactos suscritos en Wáshington en el año de 1907 por los representantes centroamericanos, registran esta franca declaración: "Los Gobiernos de las Altas partes contratantes no reconocerán a ninguno que surja en cualquiera de las cinco Repúblicas por consecuencia de un golpe de Estado, o de una revolución contra un Gobierno reconocido, mientras la representación del pueblo, libremente electa, no haya reorganizado el país en forma constitucional."

La conquista moral es manifiesta; y convertirla en doctrina continental, mediante el asentimiento de todos los países soberanos de América, sería un justo homenaje a la civilización de estos pueblos, que con un siglo escaso de vida independiente, han recogido un caudal inmenso de experiencia.

La Doctrina Tobar, que apenas fué aceptada en el programa del Primer Congreso Panamericano que se celebró en Santiago de Chile, merece pasar a la categoría de doctrina continental.

Para ese fin la fórmula sancionada en los Tratados de Wáshington parece inmejorable.

III. Neutralidad Continental.

América ante la guerra europea.

La guerra europea, con toda su cohorte de calamidades, mantiene inquietos los espíritus y sobrecogidos los corazones.

A la tremenda conflagración bélica, únense múltiples motivos de zozobra, experimentados por los países neutrales, esos terceros inocentes en el gran debate de la fuerza material, y que, a despecho de prejuicios de raza, unos, y de su corta vida libre, otros, continúan rindiendo fervoroso culto al ideal venturoso de la paz. Como que una vez más, la historia y la sociología, se hubieran encargado de demostrar la coexistencia de la gran familia humana, estrechamente vinculada en sus triunfos y en sus desastres.

Europa conmuévese en sus seculares raíces. Rivalidades comerciales, deseos expansionistas, antagonismos atávicos—el porvenir dirá el móvil verdadero—llevan a una guerra de matanza y exterminio al continente depositario de la ciencia universal, de la cultura y del progreso en sus más altas manifestaciones. Y, América, espectadora imparcial en el tremendo duelo, participa, en cambio, de sus desastrosos efectos.

Profundas crisis económicas hácense sentir en muchos países, como consecuencia natural del decrecimiento del comercio europeo, del alza del cambio, del agotamiento de los recursos de los Estados; de la paralización, en fin, de muchos organismos de intensa vida comercial o industrial.

Y ante el golpe común, América ha sentido la necesidad de unirse, de unificar sus intereses, en previsión de futuros y mayores males.

A otros toca delinear los beneficios probables de la Conferencia Financiera presidida por el Ministro de Hacienda Americano, Mr. McAdoo, y aconsejar la línea de conducta que corresponde seguir a Latino-América, en orden a sus futuras relaciones comerciales, que tan honda y estrecha relación guardan con su porvenir político.

Quienes, aconsejan procurar una independencia comercial, dando vida a los órganos internos de producción; quienes, indican llevar vida de economía y de prudencia, en espera de días mejores, sin precipitar alianzas ni anticipar promesas que pudieran en lo futuro encadenar los destinos de estos pueblos a una situación determinada.

Nosotros nos concretaremos en estas líneas a juzgar la guerra europea en lo que concierne a la materia de neutralidad internacional.

Algunos países latino-americanos han lanzado proclamas de neutralidad. Buena parece esta medida para aquellos que mantienen estrechas relaciones comerciales con los beligerantes, o poseen una flota mercante capaz de sufrir daños en su natural desenvolvimiento.

Pero haya o no proclamas, los países neutrales tienen una norma fija de conducta: las decisiones tomadas por la Conferencia de La Haya en 1907 y las prescripciones de la Conferencia de Londres, reunida en 1909, cuya eficacia práctica está pendiente de la resistencia moral que opuso Inglaterra al establecimiento del Tribunal de Presas.

En lo concerniente a los derechos y deberes de los neutrales, en caso de guerra terrestre, la posibilidad de conflictos es remota, porque la Convención rspectiva fija con absoluta precisión la situación jurídica de los neutrales y enumera taxativamente sus obligaciones y derechos.

Sobre la base de la inviolabilidad del territorio neutral, descansa la prohibición de otorgar libre tránsito a tropas o convoyes, de cualquier índole que sean, y la referente a la instalación de estaciones radio-telegráficas destinadas al uso de un beligerante.

Está prohibido, asimismo, tolerar la formación de cuerpos francos y el público reclutamiento; mas, sin echar al olvido la doctrina, unánimemente consagrada, de que el hecho de traspasar la frontera, aisladamente, algunos individuos, no constituye violación de neutralidad, aun cuando abriguen la intención de ponerse al servicio de los combatientes.

En cambio, el Gobierno neutral no está obligado a impedir la exportación o tránsito por cuenta de uno u otro de los beligerantes, de armas, municiones y, en general, de todo lo que pueda ser útil a un ejército o a una flota.

Así, en forma solemne, quedó consagrada la libertad del comercio neutral, aún tratándose de aquellas materias que tienen relación directa con las operaciones de la guerra.

El principio de igualdad que impera en la materia le hace respetable.

Todos los beligerantes pueden usar de idéntica franquicia; a todos les es lícito, en una palabra, contratar tales pedidos y su ejecución. Y al Gobierno neutral toca permanecer ajeno a esas negociaciones, que apenas tienen relación con el público comercio, regido por leyes económicas, sobre las cuales siempre será nugatoria la acción oficial.

Esta tesis acaba de ser defendida por el Gobierno Americano contestando un reclamo del Conde Bernstorff, Embajador del Imperio Alemán. Desgraciadamente, la Nota del ex-Secretario de Estado Mr. Bryan resiéntese de brevedad de doctrina y de falta de detalles ilustrativos del caso en cuestión.

El argumento toral, en pro del libre comercio de armas, expuesto en aquel importante documento, está concebido en estos términos:

"Me causa sincero pesar el tener que discutir la venta y exportación de armas hechas por ciudadanos americanos a los enemigos de Alemania. S. E. parece hallarse bajo la impresión de que depende del Gobierno de los Estados Unidos prohibir ese comercio, a pesar de su declarada neutralidad y de sus diligentes esfuerzos para mantenerla, y que al no hacerlo así da pruebas de una actitud ilegal contra Alemania. Este Gobierno sostiene, como supongo debe saberlo S. E., que es una obligación suya mantener el punto de vista de que según las actuales indiscutibles y aceptadas doctrinas del Derecho Internacional, esta guerra afectará, desigualmente, las relaciones de los Estados Unidos con las naciones que están en guerra y que sería una injustificable desviación variar principios de estricta neutralidad a los cuales ha tratado de ajustar constantemente sus actos; y con todo respeto me permito observar, que ninguna de las circunstancias alegadas en el memorándum de S. E. altera el principio implicado. Si se prohibiera el comercio de armas en los momentos actuales, ese hecho constituiría un cambio tal, que sería una violación directa de la neutralidad de los Estados Unidos."

Tal es, en síntesis, la teoría norteamericana. Y, aunque parezca paradógico, hay que confesar que ella tiende, cuando menos en el terreno de los principios—ya que en la práctica no todas las potencias combatientes han estado en actitud de ampararse al comercio de armas—a establecer un criterio fijo y definido en la materia. Queda a los beligerantes el derecho de confiscación y captura, mediante el cumplimiento de las leyes y costumbres aplicables.

Posteriormente, el hundimiento del vapor mercante inglés "Lusitania" provocó inmensa pesadumbre en el orbe entero; y por la pérdida de vidas e

intereses americanos, el Gobierno de la Casa Blanca elevó formal protesta al Gobierno alemán. Es ella, hermosa en la forma, y en el fondo, resumen de esta atrayente idealidad: declarar fuera de las leyes internacionales la guerra de submarinos, cuando éstos acometieren naves mercantes, por tratarse de un medio de destrucción cruel y salvaje.

Si la diplomacia americana obtiene ese triunfo, por las vías del convencimiento, la civilización le será deudora de un inmenso beneficio.

Pero hay algo que hiere más directamente los intereses de Latino-América; algo que dice relación inmediata a su propia vida y tranquilidad, desde luego que ni ella es exportadora de armas de guerra ni en sus aguas continentales se verificó el deplorable hundimiento del "Lusitania."

El mayor mal radica en que, sin quererlo ni desearlo, nuestro continente se ha convertido, muchas veces, en teatro de la guerra marítima, en su forma más repugnante; en que el comercio ha sufrido innúmeras pérdidas a causa del pánico que sembraron esos barcos armados en guerra, destinados a perseguir la nave mercante enemiga hasta en nuestros tranquilos confines.

Chile, entre los países latino-americanos, sintió más de cerca los desastrosos efectos de la guerra marítima europea.

Multitud de incidentes ocurridos comprueban esta verdad; pero en todos ellos aquel prestigiado gobierno puso de relieve su alto espíritu de imparcialidad y energía.

Tiene importancia doctrinal e histórica dejar constancia de algunos de esos incidentes, que tan hondamente preocuparon al gobierno de Chile, celoso defensor de los fueros de la soberanía nacional.

Fuerzas navales alemanas se apoderaron del cargamento del velero francés "Valentine" en aguas territoriales de Chile; lo que motivó que éste elevara formal protesta al Gobierno Imperial por ese acto que implicaba una violación de la neutralidad.

El Gobierno de Francia, por su parte, también exigió las explicaciones del caso, porque el velero, además, fué echado a pique, y cabía duda respecto al sitio en que esto se había realizado.

En los días subsiguientes a la declaratoria de guerra, una división alemana compuesta de doce unidades, 4 buques de guerra y ocho carboneros, se estacionó, durante quince días, en el puerto de Angarroa de la isla de Pascua; lo que dió ocasión para avituallarse en cantidad excesiva.

Este hecho también motivó la protesta de Chile, porque los artículos 12, 15 y 19 de la Convención XIII de La Haya estaban infringidos.

Nueva protesta fué formulada por el hecho insólito de que el "Dresden"—crucero alemán—fondeó en la bahía de Cumberland y pretendió estacionarse largos días, después de haber tomado como base de operaciones bélicas las islas de Juan Fernández. Intimada su internación, el "Dresden" no cumplió; y en esas circunstancias, fué atacado por una escuadrilla inglesa, y después de algunas peripecias, aquel optó por provocar su hundimiento.

Y en esta ocasión violóse doblemente la neutralidad chilena: por la estadía y exagerado alistamiento del "Dresden" y por el acto de hostilidad de la escuadra inglesa, a la cual le bastó esperar tranquilamente que las autoridades marítimas hicieran efectiva la internación del buque alemán. Una vibrante protesta a la Cancillería de Saint James, se hizo también sentir.

Urgía, pues, poner término al grave mal, señalando con absoluta precisión los deberes y derechos de los países neutrales situados fuera del continente en guerra. No era posible que amén de las conmociones económicas llegaran también a esos países los estruendos del cañón homicida, producidos allí mismo donde soberanías jóvenes asientan el prestigio de una raza.

El Gobierno de la República de Chile, que de cerca sintió los desastrosos efectos de la guerra marítima europea, al par que las preocupaciones consiguientes al fiel cumplimiento de los deberes de neutralidad, vióse obligado, por altos motivos de conveniencia nacional, a emitir un Decreto tendiente a modificar, de acuerdo con la facultad otorgada a los países signatarios de las Convenciones de La Haya, en el preámbulo del instrumento número 13, las prescripciones relativas a los deberes de neutralidad, "cuando la experiencia adquirida en el curso de una guerra manifieste la necesidad de hacerlo, para la salvaguardia de sus derechos."

El Decreto en referencia contiene estas importantes decisiones, llamadas a evolucionar las condiciones jurídicas de neutralidad en América:

I. En lo sucesivo las provisiones de carbón que se hagan a los buques de guerra de las naciones beligerantes, en puertos chilenos, se reducirán a completar la cantidad necesaria para llegar al primer puerto carbonero de la nación vecina.

II. En caso de violación de algunas de las reglas sobre observación de la neutralidad adoptadas por el Gobierno de la República, por una nave mercante, no se proporcionará combustible en puertos chilenos a ningún buque de la compañía a que perteneciere la nave infractora.

III. Los buques internados por resolución del Gobierno, en virtud de violaciones de neutralidad, y aquellos cuyos dueños manifiesten su propósito de mantenerlos en puertos chilenos hasta el final de la guerra, serán concentrados en los puertos en que la autoridad administrativa determine en cada caso; y

IV. Limítase la cantidad de carbón que puede proporcionarse en los puertos de la República a las naves mercantes, a la capacidad de sus carboneras ordinarias; salvo que deseen hacer el viaje directamente a puertos europeos, caso en que se suministrará la cantidad necesaria para el viaje, siempre que la compañía dé suficiente garantía, a juicio del Gobierno, de que el combustible será exclusivamente destinado a realizar ese viaje.

Argentina y Brasil acogieron con amplia simpatía las generosas ideas del Gobierno de Chile; y de consuno dispusieron darles vida como expresión fiel de un derecho americano nuevo, consentido y anhelado por todos los países del mundo de Colón.

Las repúblicas hermanas de Centro-América y el resto de las naciones del continente, se adhirieron con entusiasmo al proyecto de una conferencia en que quedasen solemnemente proclamados aquellos principios salvadores. Ella tuvo verificativo en el Bureau de las Repúblicas Americanas de Wáshington. Naón, ilustre Embajador Argentino, en hermosos períodos, se encargó de ponderar la eficacia moral y jurídica de la nueva orientación. Desgraciadamente, la junta de plenipotenciarios nada concreto resolvió, sin duda en espera de una próxima reunión de la Conferencia Panamericana.

Pero la semilla está echada; para que fructifique no habrá sino que hender el surco.

En otras partes de América se han oído también voces de aliento. Don Manuel Díaz Rodríguez, ex-Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela, es iniciador de un sugestivo pensamiento, concomitante, en cierto sentido, con las iniciativas del A. B. C. Proclama la necesidad urgente de convocar la reunión de un Congreso de Neutrales, en donde revisándose las disposiciones vigentes en la actualidad sobre tan grave asunto, se procurase amoldarlas a las exigencias modernas, así como a los múltiples y variados aspectos de la guerra europea, que tan hondamente han afectado los intereses neutrales de América, los cuales, según el criterio de tan ilustre publicista, estarían representados por un organismo respetable, que les sirviera de sostén y defensa.

El Museo Social Argentino, institución que cada día adquiere mayores prestigios, solicitó del gobierno, de la prensa, y en general de todas las corporaciones científicas de América, la cooperación moral e intelectual, encaminada a obtener estos dos resultados: el estricto cumplimiento de los principios que garantizan la libertad del comercio neutral, y el reconocimiento de un nuevo postulado que afiance la existencia del cabotaje interamericano; con lo cual se logrará dar a este Continente todo el respeto indispensable para el próspero desarrollo del comercio y todo el cúmulo de beneficios a que tiene perfecto derecho por su posición geográfica y política, excepcionales.

La sugestión es hermosa. En verdad, los tiempos y las circunstancias han cambiado. Ya la doctrina novísima sobre neutralidad dista mucho de parecerse a la de aquella época en que los intereses de todos los pueblos de la tierra no se habían "internacionalizado," por obra de un alejamiento que la civilización ha desterrado.

Hoy, un conflicto armado en Europa o Asia repercute en América con toda intensidad. Aparte de que el golpe rudo asestado a las conquistas más valiosas del Derecho de Gentes pone a este Continente en la necesidad indeclinable de huir del contagio y de crear un Derecho nuevo, protector eficaz de sus más caros intereses morales y materiales; al propio tiempo que sea exponente de sus altas aspiraciones.

Toca a nuestros estadistas cristalizar esta tendencia y defenderla con amor cívico, en los próximos Congresos Panamericanos, o cuando de nuevo se nos invite a suscribir pomposas Convenciones de La Haya.

Esta materia, de suyo grave y trascendental, puede tener oportuna solución aceptando con entusiasmo las nobles proposiciones del Gobierno de Chile, adicionadas por el luminoso pensamiento del Museo Social Argentino, que anhela dar vida libre y fecunda al *cabotaje interamericano*. Cuando esos postulados hayan sido sancionados por la conciencia de toda América y presentados al respeto de las Potencias europeas, se habrá conquistado el bello ideal de la "neutralidad continental."

Huelga, por consiguiente, formular proposiciones concretas, ya que bien claro hablan las iniciativas surgidas del Gobierno chileno y del Museo Social.

RESUMEN.

Los capítulos anteriores, sometidos a la concisión que demandan trabajos de este género, en que la idea debe flotar sobre el ropaje de la forma, tienden a demostrar la necesidad de dar vida al Derecho Internacional Americano, en sujeción a elevados intereses continentales, puestos de manifiesto, hoy más que nunca, con motivo de la tremenda conflagración europea.

América, por su devoción absoluta al régimen democrático y su posición geográfica excepcional, debe desterrar todo antagonismo de razas, y realizar, sin sacrificio ni detrimento de ninguno de sus componentes históricos, el ideal del verdadero *Panamericanismo*.

Pero para llegar a esa finalidad, habrá que definir en líneas concretas la naturaleza y alcance de esa doctrina, que tiende a atar con ligaduras de afecto a los americanos de origen sajón y a los americanos de origen español.

Decir qué es de la esencia del panamericanismo y qué se opone a su estructura política y moral, es labor que debe realizarse con amplitud de miras. Los pueblos latinos no alimentan odios, sino que abrigan recelos. Despejar éstos, mediante la definición de ideales y tendencias fijas, es labor provechosa al porvenir venturoso del Continente Americano.

Demostrar, a su vez, que existen problemas que especialmente nos afectan e interesan, es otro objetivo de los anteriores capítulos. En ellos se persigue obtener una categórica definición de la Doctrina de Monroe, convirtiéndola en

doctrina panamericana; consagrar en forma absoluta la Doctrina de Drago; incorporar al Derecho Público de todos los países americanos la fórmula política de Tobar, llamada a redimirnos del peso de graves acusaciones; y, por último, obtener la neutralidad efectiva de América en los conflictos europeos, como un medio eficaz de salvaguardiar grandes intereses materiales y morales.

Quizá el Segundo Congreso Científico Panamericano, de índole puramente especulativa, no se sienta capacitado para discutir las bases concretas sobre que debe descansar el Derecho Público Americano; pero, en todo caso, será conveniente que quede constancia de que hay problemas que la conciencia continental anhela que sean definidos, si no se quiere ahondar diferencias y dar el triste espectáculo de una división en el seno del mundo de Colón.

Las conclusiones prácticas a que se apetece llegar, y que forman, por decirlo así, el decálogo del nuevo Derecho que deberá regir las relaciones continentales, son las siguientes:

I. Por obra del Panamericanismo no existe antagonismo entre las razas anglo-sajona e indo-latina.

II. El Panamericanismo consiste en la unión moral de los Estados Unidos del Norte con las Repúblicas latinas del Centro y Sud-América; descansando tal *entente* sobre la base del más recíproco respeto y perfecta igualdad.

III. Es opuesto al ideal panamericano toda tendencia expansionista, exteriorizada en forma de adquisición de territorio, por venta, arrendamiento o cesión, o en forma alguna que implique disminución de soberanía.

IV. La adquisición de bases navales es una forma disfrazada de apropiación de territorio.

V. La intervención en el manejo de las rentas públicas por medio de recaudadores de aduana o en otra forma que lesione la potestad soberana, no será cláusula lícita en los contratos que celebren las naciones americanas.

VI. Los Estados Unidos afirman por el órgano de sus representantes en el Congreso que las declaraciones de Monroe contenidas en su célebre Mensaje de 2 de diciembre de 1823 no tienen otra interpretación lógica y natural que una prevención a las potencias europeas en el sentido de impedir toda tentativa de colonización en el Continente Americano; las cuales, caso de exteriorizarse, ya sea con objeto de oprimir algún país o para dirigir sus destinos, serán consideradas como poco amistosas (unfriendly).

VII. Los representantes de los demás países ibero-americanos, por su parte, en consorcio de los Delegados de Instituciones o Corporaciones científicas de Latino-América, aceptan la interpretación auténtica de la doctrina Monroe expresada por los representantes norte-americanos, y declaran que por su trascendencia histórica, política y moral ella forma parte integrante del Derecho Público de América.

VIII. Queda proscrito en América el empleo de la fuerza en apoyo de una reclamación pecuniaria, de cualquiera índole que sea.

IX. El Estado o particular deudor, antes de ocurrir a la vía diplomática, deberá reclamar su derecho por los medios que franquee la Legislación interna de cada país; y

X. En cuanto a la neutralidad continental, propónese la adopción de las reglas indicadas por el Gobierno de Chile y por el Museo Social Argentino.

¿Se logrará el intento? No importa el éxito. Quizá el frío de la realidad desvanezca nuestros ardores patrióticos; pero nadie osará negar que pusimos el concurso de nuestras ideas al servicio de la causa de la armonía y de la concordia de dos razas; señalando el camino único que es dable seguir a los pueblos para conquistar honra y gloria: el de la justicia internacional.

GENERAL SESSION OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Thursday morning, January 6, 1916.

Chairman, CHARLES NOBLE GREGORY.

Pan American Conference.

The session was called to order at 10.30 o'clock by the chairman.

Various resolutions were presented to and received by the section and submitted, according to the rules of the congress, to the executive committee of the congress for consideration.

The following papers were presented:

On the new orientation that has become necessary in the study of international law. Rapprochement of the Anglo-Saxon and Latin-American schools, by Alejandro Alvarez.

The study of international law in American countries, and means by which it may be made more effective, by José Matos.

Should international law be codified? And if so, should it be done through governmental agencies or by private scientific societies? by Alonso Reyes Guerra.

Paraguay and America, by Juan F. Pérez.

The attitude of American countries toward international arbitration and the peaceful settlement of international disputes, by Benito Javier Pérez-Verdía.

Papers reported:

The Drago doctrine; its importance in American international law, by Ernesto Restelli (reviewed by Eduardo Sarmiento Laspiur).

The diplomatic history of Brazil in the sixteenth and seventeenth centuries, by A. G. de Araujo-Jorge.

ON THE NEW ORIENTATION THAT HAS BECOME NECESSARY IN THE STUDY OF INTERNATIONAL LAW. RAPPROCHEMENT OF THE ANGLO-SAXON AND LATIN-AMERICAN SCHOOLS

By ALEJANDRO ÁLVAREZ,

Secretary General of the American Institute of International Law.

I.

The necessity of reforming the study of the law of nations was felt many years ago, especially at the time of the international conferences. Differences of theory then became apparent, but a comparison of these theories showed it to be possible either to reach an agreement on them or to ascertain that they are irreconcilable. The

international conferences thus brought to light the need of reforming the method of studying international law and at the same time mapped out the course to be followed.

It is well to relate in this connection what took place at the Second Hague Conference in 1907 and at the London Naval Conference of 1908-9. The Second Hague Conference in its final act, expressed the hope that the draft annexed to the convention for the establishment of a court of arbitral justice might be adopted by the powers represented. The first article of this draft reads as follows:

With a view to promoting the cause of arbitration, the contracting powers agree to constitute, without altering the status of the permanent court of arbitration, a court of arbitral justice, of free and easy access, composed of judges representing the various juridical systems of the world, and capable of ensuring continuity in jurisprudence of arbitration.

The London Naval Conference, convened for the express purpose of making the views of all countries uniform, in so far as naval warfare is concerned, said in the preamble to the convention:

Having regard to the divergences often found in the methods by which it is sought to apply in practice the general principles of international law; animated by the desire to ensure henceforward a greater measure of uniformity in this respect.

America has outstripped Europe in taking the initiative in the movement for the formulation of a new method of study of international law.

In the month of April, 1914, there met at Washington, on the initiative of the American Society of International Law, a conference of professors representing 41 colleges and universities in the United States. This conference adopted 16 resolutions bearing, for the most part, on the popularization of international law. Since that time the question has been under consideration, and at the last meeting of the society, which took place in April of the present year (1916), the question was again taken up and a very important report was handed to the committee appointed to consider the matter.

For its part the American Institute of International Law had set forth in its constitution as one of its chief objects the popularization of international law, the harmonizing of international theories, and the formulation of a method of study for that law. Section 5 of article 2 of its constitution reads as follows:

To organize the study of international law along truly scientific and practical lines in a way that meets the needs of modern life, and taking into account the problems of our hemisphere and American doctrines.

At the present critical time it is incumbent upon our continent to take the initiative in the work of reconstructing international law. Our geographical position, the close ties that exist between us and Europe, the liberal ideas pervading our international doctrines, the absence of rivalry between our countries, our solidarity—in short, our Pan Americanism—are so many factors that fit America for this great mission.

I will explain the duties of the universities of our continent in this work of reconstructing international law. I refer to the uniformity of conception and of doctrine with respect to this law, which must come into existence, and to the most effectual means of bringing this about—namely, uniformity in the method of its study.

II.

America has had, and still possesses, a uniform doctrine on a great many subjects pertaining to the interests of civilization in general or that of our continent—a logical consequence of the fact that all the countries of the New World have passed through the same struggle for independence and have had practically the same interests and the same problems. But on a great many questions, particularly those that do not relate to the interests of our continent, the countries of the New World have continued

to feel the influence of the traditional international theories of their mother countries, from which they have received their scientific culture. Thus, the United States has followed English theories, and the Latin-American countries so-called continental theories, especially French theories.

From an international point of view our situation is, therefore, one that is peculiar to the Western World. On the one hand, there are the liberal theories of continental scope held by all the American countries; but, on the other hand, and as a result of the influence of European science, the countries of our continent find themselves divided into two very different schools, with striking individual characteristics—the Anglo-Saxon and the continental or Latin American school.

Unlike the natural and social sciences, which, thanks to a uniform method of study, made great progress during the nineteenth century, international law has remained at a standstill. Even to-day there is no uniformity in the method of its study. Hence the diversity of theories which prevails even on fundamental points in this branch of human knowledge.

In the seventeenth century, when international law became a science, its field of action was dominated by three rival schools—the metaphysical or philosophical, the historical or positive, and the eclectic.

These different schools remained in existence throughout the nineteenth century, but they were not so conspicuous then as they once were. Nevertheless the publicists of the last century found themselves divided by various factors—such as national interests, the body of private laws, and the dominant philosophical systems—into six distinct schools—the English, the North American, the German, the Italian, the French, and the Latin American.

Under the influence of certain circumstances, chief among them the ever-increasing contact of the countries, the differences between these schools have in recent years become less marked; but two schools, with distinctive characteristics, differing in their methods of study and in the theories which they hold, still remain—the Anglo North American and the Latin American. I shall not attempt to describe the characteristics of these two schools, nor shall I dwell upon the possibility that the existing schools in Europe may undergo changes after the great war and give rise to two new schools, the one representing the tendencies and doctrines of the allies during the present conflict and the other those of the central empires. What we have to consider now is whether it is possible in our continent if not to blend, at least to draw the two existing schools more closely together and thus bring into being a truly American, or Pan American, school.

III.

Certain of the differences between the Anglo North American and the Latin-American schools are *fundamental*, others of a *national character*, and still others proceed from the *method adopted in the study of international law*.

The *fundamental* differences in these schools are two in number and are the result of the kind of legal education given in the respective countries. The one relates to the sources from which the rules of law are derived and the manner in which they are established, especially as regards the weight to be attached to judicial precedents. The other concerns the place held by international law in the legislation of each State; for, while it is part of the law of the land in the United States, such, with a few exceptions, is not the case in the countries of Latin America. These fundamental differences are not irreconcilable, for they can be eliminated, especially by means of a uniform method in the study of international law.

The differences of a *national character*, which are by no means unimportant, are the most difficult to reconcile, because they proceed from the national interests of the respective countries. Examples of these differences concern the diplomatic claims, the protection of citizens abroad, etc.

The differences that are the result of divergent *methods of study* are also numerous, but they can be eliminated by the adoption of a method satisfactory to both schools and in harmony with the requirements of modern international life.

The method followed by each of the two American schools has advantages and drawbacks.

The Anglo-American derives its theories from practice, especially from national practice, as administered by the courts of justice. Consequently it may be called the positive school. It has, however, this defect, that its study is only of its own doctrine and does not consider the doctrines of the other schools or countries, but neglects them. Moreover, it lacks the elements necessary for the criticism of rules of law, and national jurisprudence is the principal instrumentality for the interpretation and development of the law when its provisions are inadequate. It is therefore too individualistic—that is to say, it is too attached to its own particular cases—and wants those general constructive theories and that comprehensive outlook on every question which are so indispensable for a complete knowledge of the subject.

The method of the Latin-American school is practically the very opposite. It possesses the broad general outlines that are wanting in the Anglo-American school; but it has the following defect: Its outlook and constructive theories do not proceed strictly from the practice of nations, but rather from the legal philosophy that is dominant among them and from the spirit of private law. Writers not infrequently set forth as prevailing rules what is nothing more than their personal opinions. The study of particular cases is only of secondary importance. The conflicting characteristics of these two schools stand out very clearly at the present time. The excessive individualism, the traditionalism, the utilitarianism, and the nationalism of the Anglo-Saxon school are manifest. England has adopted and wishes to have considered as rules of international law, particularly in the matter of naval warfare, those principles that best suit her own interests, paying little or no attention to the rights of neutrals. The United States, for its part, in defending its interests as a neutral, does so on the basis of its own diplomatic precedents; it does not take sufficiently into account the interests of the continent as a whole, which interests are in harmony with its own, so that in defending its own interests it would be defending also those of the other countries of the same hemisphere.

For their part, the countries of the continental school—France among the belligerents and the Latin-American States among neutrals—view international rules in a different light: that of the general interests of humanity and civilization. And we Latins add thereto the interests of our continent, which, as we have already said, are in harmony with those of each of the American countries. We look to the future for reforms which will take due note of these interests. Therefore the characteristics of the Anglo-Saxon school, while explaining why international law is a part of national legislation and the force given to judicial precedents, is unfavorable to the development and progress of universal international law. The contrary is true of the continental school, which endeavors to develop this law and to mold it to meet the needs of the present day.

The foregoing comparison is sufficient in itself to show that in future it will be necessary to reconcile these two schools by reconciling the two methods of study of international law, both of which have advantages and drawbacks, not, however, by means of arbitrary or economic combinations or compromises, which would be unacceptable either to you, Anglo-Saxons, or to us, Latin-Americans, but by some practical means.

Let us now consider what this new method of study might be—a method that must be capable, if not of blending the two schools of our hemisphere, at least of drawing them more closely together and of giving international law the direction required by the needs of the present day.

If a new school were to be formed on this new basis it would have clean-cut characteristics, such as the others do not possess. It would be a continental school and would meet the needs of our hemisphere. Through its liberal theories it would be capable of exerting a very considerable influence on the development of international law. Finally, it would have an agency to represent it—namely, the American Institute of International Law.

IV.

A good method for the study of international law should aim to accomplish two things: to make clear the legal rules prevailing in the society of nations at the present time, and to show also the evolution of these rules, that is to say, the manner in which they came into being, their development, and the changes they have undergone and are still undergoing as a result of various circumstances.

With these two objects in view, the study of international law, while teaching the existing rules, would likewise show us what international legal institutions really are, how they should be interpreted and their omissions supplied, and it would also suggest the improvements of which these institutions are susceptible.

The fundamental error in the study of international law in both schools is the belief that its rules are universal in character.

A careful study of international life brings to light the fact that of the existing rules some are of *universal*, others of *continental* application. Moreover, there are some that are merely the rules of this *school* or that, and others that are simply of a *national* character.

This premise, which is irrefutable, gives us the key to the existing method of study. In the consideration of any question, it must be made known and clearly set forth whether it is governed by universal rules or by rules applicable to a specific continent or rules of school or country. This will be apparent from the will of the States.

It is therefore a matter of prime importance to discover in each matter what is the will of the States, and that is exactly the method that has been followed in international conferences in their attempts to determine the prevailing rules, especially in the London Naval Conference and in the Conference of American Jurisconsults, which met at Rio de Janeiro in 1912 for the purpose of codifying international law.

The elements from which we may discover the will of the States are the following: National laws that contain international rules; conventions between countries in which the parties have laid down what they consider rules of a general character; the theories and practices in each country; declarations by governments or parliaments concerning international questions and decisions of judicial authorities on the same subject. It goes without saying that, as regards certain questions, it is useless to waste time endeavoring to discover the will of all the States, for it is sufficiently apparent; but in many cases their will is not so manifest, and then such an effort is necessary if we wish to know the exact scope of the rules in force.

It is especially desirable to emphasize the importance of having continental rules alongside of universal rules.

In international life there are four distinct continental societies—the European, the American, the Asiatic, and the African. Although these societies are closely related to each other, and although the African is simply a colonial outgrowth of the European group, it is none the less true that these various continents must be considered separately, because there are essential differences between them, and each of them has distinctive, characteristic features. The European and the American Continents have developed along different lines, and each of them has situations, theories, and problems pertaining to international matters that are peculiar to it alone.

The Asiatic Continent has in recent years developed characteristics of its own as regards matters in which it is directly interested. Japan, who is at the head of this movement and whose desire it is to assume the hegemony, is proclaiming certain special principles—indeed, a sort of Monroe doctrine—applicable to that continent.

In continental international law we must distinguish what may be called the public law of the continent from other continental rules that are not of this nature. Rules that relate to the political organization of the continent and conventions or agreements, concluded by all or nearly all of the countries of the continent, relating to this fundamental matter are rules of public law.

In so far as American public international law is concerned it is contained in the three declarations of President Monroe—to maintain independence, no colonization, and no intervention of European powers in American countries. These principles synthesize the views of all the American States, not those of the United States alone, as has been erroneously believed.

As to the public international law of Europe, its existence has long been recognized, in the present war especially, by several declarations made by the English Government; for instance, in the declarations contained in the message of the King of England to Parliament, September 18, 1914; in the declarations of the prime minister, Mr. Asquith, at Edinburgh on the same day, and at the Guild Hall, London, on November 9 of that year; in the resolutions adopted at the Guild Hall on September 4, 1914; and, finally, in the message of the King of England of January 27 of the present year.

Continental international law, whether it is public law or not, makes itself manifest through the will of the States of the respective continents. In our hemisphere it is to be found in the declarations of the respective Governments, in the resolutions of the Pan American or the Latin American conferences, and in the treaties there concluded, and in the national laws and judicial decisions of the different countries, especially the decisions of courts of arbitration, when they put an end to disputes between American Nations.

In every important question, when it appears that there is no universal rule, but merely rules of different continents or schools, it is necessary to compare the rules of the respective continents or schools. In our continent it is continually necessary to parallel the theories in vogue in the United States and those of Latin America, so as to make sure whether there are uniform points of view, or, if there are divergences, to discover in what they consist, what causes them, and whether it is possible to reach a uniform doctrine.

It is also very useful to compare the diplomatic history of the two groups of countries on the American Continent, for by means of such a study we are enabled to understand and duly appreciate the origin and development of institutions of a peculiarly American character. It is, indeed, necessary to take into consideration, alongside of the institutions established and the declarations made by the statesmen of the north, the political institutions of Latin America and the theories enunciated by its statesmen. Some of these men had genius and propounded original theories, which, if they had been proclaimed by statesmen of powerful countries, would have brought about innovations in international relations and would have received consideration by publicists. Now that the countries of Latin America have prospered and show a desire to march united in the field of the law of nations, it is necessary to bring these theories to light.

The study of international law must take into account, not only legal rules, but also policy, because both of these factors, and not rules of law alone, as certain writers believe, govern the relations between States. These two factors are so closely linked in the foreign relations of States that it is at times very difficult to separate them, and it frequently happens that policy gives birth or direction to legal relations. When we insist upon studying them separately we lose sight of their nature. This does not mean that we must confuse them, but merely that they should be considered together, bringing into relief the rules of law by means of policy, and vice versa. In international law the same course must be followed as in the public and

private law of each country. All of them comprise only rules of law; but, in addition to these rules, in constitutional law the practices of parliaments and of politics are studied, and in private law jurisprudence and social conditions.

V.

In conclusion, international law in the future will be considered not only a science for the study of a body of laws of a universal character, as in the continental, and especially in the Latin-American school; nor of a body of laws looking to exclusive and narrow national interests, as in the Anglo-Saxon school; but a science to show international relations as they really are, in order to establish good relations between the States, to reconcile their national interests, and to develop the spirit of solidarity, that peace may be assured in future. International law in the future will realize the beautiful maxim, "Above all nations is humanity." To this end, it is necessary to adopt a new method in the study of international law. This method consists in investigating, in each matter, to see whether there is a universal rule, or only a continental rule, or the rule of a specific school or of a certain nation.

In case the rules are continental or merely those of a school or nation, it is necessary to make a comparison between these doctrines in order to discover the reason for the differences. This comparison is especially instructive on our continent between the Anglo-American and Latin-American schools, in order to investigate if it is possible to make the doctrine uniform or to point out that there are irrevocable differences, in which case the divergent opinions must be respected.

This study will not only lead to a more intimate good understanding between the two groups of States, but bring forth an American continental school, which, through its conception of the State and of international society, as well as through the elements from which it draws its inspiration in the matter of legal regulation, exert great influence on the future development of both continental and world-wide international law.

ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS PAÍSES AMERICANOS Y MEDIOS POR LOS CUALES PUEDE SER MÁS EFECTIVO.

Por JOSÉ MATOS,

Profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de Guatemala.

Entre las diversas proposiciones que contiene la Sección VI del Programa del Segundo Congreso Científico Panamericano, se encuentra la que dice: "Estudio del Derecho Internacional en los países americanos y medios por los cuales puede ser más efectivo;" y a continuación esta otra: "¿Cómo puede persuadirse mejor a los pueblos de los países de América, de los deberes y responsabilidades del Estado en el derecho internacional?" Ambas cuestiones están sin duda íntimamente ligadas y encontrar los medios para resolver la primera, vale tanto, a mi juicio, como proponer la fórmula que se busca para la segunda.

Así lo estimó con muy buen criterio la Comisión Organizadora del Congreso y confiando yo en la benevolencia que estoy cierto habrá de dispensárseme, tengo el honor de presentar este modestísimo trabajo, en el que, a mi modo de ver, se insinúa a grandes líneas, la manera de resolver quizás, los problemas que entrañan los dos temas señalados.

La primera de esas importantísimas proposiciones que ahora se someten al estudio y consideración de esta docta asamblea, en lo que a los Estados Unidos

se refiere y desde un amplio punto de vista, fué ya objeto de un cuidadoso e interesante examen por parte de una Conferencia de Catedráticos de Derecho Internacional, que se celebró en Wáshington en el mes de abril del año próximo pasado, reunión a la que asistieron representantes de cuarenta y uno de los colegios y universidades de mayor fama de la gran República, invitados al efecto por la Sociedad Americana de Derecho Internacional.

La feliz cuanto generosa iniciativa de celebrar esa Conferencia, se debió a la "Fundación Carnegie para la Paz Internacional," instituto que está vivamente interesado en difundir por todos los medios de que puede disponer, el estudio de esa rama de la ciencia del Derecho y en generalizar, haciéndolo cada vez más práctico, el principio jurídico del arbitraje, para la solución pacífica de las contiendas entre los pueblos. Tan elevado propósito, como era de esperarse, encontró la más favorable y entusiasta acogida por parte de la Sociedad Americana de Derecho Internacional y de todos aquellos que, aceptando esa honrosa invitación, se apresuraron a concurrir con sus luces, reconocida experiencia y buena voluntad, a estudiar y resolver las diferentes proposiciones encaminadas a conseguir la realización eficaz, de los fines humanitarios que inspiran a la Fundación Carnegie.

Siete cuestiones fueron sometidas entonces al estudio de la Conferencia de Catedráticos, las que, bien mirado, pueden sintetizarse en dos: la primera, responde a la idea capital que se persigue, es decir, establecer bases sólidas que conduzcan a aumentar las facilidades para el estudio del Derecho Internacional, colocando su enseñanza sobre un sistema más uniforme y científico; y la segunda, a hacer obligatorio su conocimiento para quienes siguen la carrera del Derecho y dedican su actividad al ejercicio de la profesión de abogado.

Como resultado práctico de sus interesantes labores, la Conferencia adoptó diez y seis resoluciones, que resumidas y convenientemente ordenadas, pueden también reducirse a los dos grupos a que nos hemos referido. Así, en cuanto al primero, recomiéndase la publicación frecuente de Bibliografías de Derecho Internacional; que se hagan ediciones económicas de los principales y más importantes documentos de Estado de las diversas cancillerías, especialmente de los países hispano-americanos, así como también de los Tratados, de las convenciones sobre arbitraje, correspondencia diplomática y otros documentos de esa índole: que se aumenten las Cátedras de Derecho Internacional, teniendo en cuenta para la enseñanza de esta materia que, a medida que se desarrollan las ideas democráticas, que dan verdadera intervención al pueblo en el Gobierno, se hace indispensable, para el bienestar del mundo, que los directores de la opinión pública, se familiaricen con los principios del Derecho de Gentes. Que la enseñanza que se imparta debe insistir sobre el carácter positivo de la materia y precisión de las reglas de conducta que establece. Recomiéndase además el mayor uso posible de los casos que la experiencia presenta, aconsejando como de resultados beneficiosos el estudio de los grandes Congresos mundiales, así como el conocimiento de los autores clásicos del Derecho Internacional. Como punto de gran importancia se insiste en la necesidad de distinguir con cuidado los principios del Derecho, de las inspiraciones de la política, evitando que la tradición o práctica habitual de algún Estado, por poderoso que sea, se imponga sobre las verdaderas leyes que deben regular las relaciones de los pueblos. Respecto al segundo grupo, recomienda la conferencia que se imparta esa enseñanza en las escuelas superiores, en los Colegios y Universidades: que se den frecuentes conferencias por los profesores de reconocida reputación y finalmente, que se exija su conocimiento para la carrera del Derecho y el ejercicio de la abogacía.

No son menester una privilegiada inteligencia ni contar con vasta preparación, para darse cuenta de la importancia y alto significado que presentan las diversas

resoluciones acordadas por la Conferencia de Catedráticos y cuán juiciosas y oportunas, parecen las medidas propuestas para difundir el estudio del Derecho Internacional.

Tales conclusiones acusan un profundo conocimiento de tan importantísima materia, una práctica que ha permitido poner de relieve las deficiencias de su enseñanza y un concepto exacto de las condiciones actuales de la vida internacional. Trabajos como esos, frutos del saber y de la experiencia, se comprende con facilidad que aspiran además a llenar necesidades imperiosas de la época presente. Parece como que los organizadores y miembros de aquella Conferencia, hubieran tenido una visión clarísima de los graves acontecimientos que, en un futuro no muy lejano, habrían de trastornar la marcha regular y armónica del orden social y que se quisiera, con las medidas aconsejadas, precaver a los pueblos de este Continente, del contagio de las peligrosas plagas que están aniquilando a los países del Viejo Mundo.

Los pueblos americanos, no sólo por sus antecedentes históricos, que así los acreditan con justicia, sino también por sus condiciones presentes, están llamados a seguir desempeñando un papel trascendental en el progreso y evolución de los principios positivos que deben regular las relaciones naturales de los pueblos y a establecer éstas sobre un sistema que, sin poner trabas ni limitaciones indebidas a su libre desenvolvimiento, tome en consideración, para armonizarlas, las transformaciones políticas, sociales y económicas, de los diferentes miembros de la comunidad de los Estados.

Esa elevada, cuanto verdadera, misión del Derecho Internacional, no basta que sea conocida de los profesionales y de las clases ilustradas, sino que debe difundirse en todos los grupos de la sociedad, y con tanto mayor motivo, en aquellos países como los nuestros, constituidos bajo principios democráticos, pues serán por fuerza los elementos que intervengan en la dirección de los asuntos públicos, por medio del derecho de sufragio de que extensamente disfrutan las colectividades organizadas, quienes podrán imprimir a las relaciones exteriores, ya la orientación equivocada y peligrosa, ya el verdadero impulso que las mueva dentro de los legítimos intereses y aspiraciones de los tiempos modernos.

Es pues una obra altamente humanitaria, a la vez que de verdadero patriotismo, la que se emprende con el firmísimo ánimo de divulgar el conocimiento de una ciencia que, si por lo relativamente moderna y los naturales fracasos inherentes a su actual grado de desarrollo, se pretende hacer caer en un injustificado descrédito, podrá, sin embargo, servir en el futuro de inconmovible fundamento a tiempos más venturosos, que acrecentarán una mayor felicidad individual y colectiva.

¿Cuáles son los obstáculos con los que en realidad se tropieza y por qué su enseñanza presenta tantas dificultades? Son temas y consideraciones que deben examinarse, para que estudiando unos y otras, fijos siempre los ojos en el porvenir, se llegue al conocimiento de los medios que racional y metódicamente han de emplearse, a fin de vencer aquellos y de facilitar ésta, dentro de las posibilidades de la época presente, y se consiga el triunfo del derecho sobre las pasiones egoístas y la armonía de los fines superiores de la vida y de la cultura humana.

En el hermoso y vastísimo campo de las ciencias sociales, ninguna en verdad tan amplia y atrayente y que merezca un estudio más detenido y profundo, como el Derecho Internacional; y al mismo tiempo, pocas disciplinas como ésta presentan un mayor número de problemas e inconvenientes tan serios para su generalización, debido a no haber alcanzado muchos de sus preceptos, el grado de exactitud y de perfeccionamiento obtenidos ya, por los de otras ramas de la ciencia jurídica.

La experiencia nos pone de manifiesto las dificultades que frecuentemente se presentan en la cátedra, ante la evidente contradicción de algunas de las leyes internacionales y la manera como se aplican en la práctica, demostrado esto por desgracia con hechos innegables de la vida real; y, consecuencia lógica e inevitable de ese contraste, lo difícil de llevar al ánimo de los alumnos el convencimiento de la existencia y carácter positivo de las reglas que deben guiar a los Estados en sus relaciones mutuas, a fin de mantener entre éstos el reinado de la paz y de la justicia, como ideal y aspiración legítima de las agrupaciones humanas.

Y desde que la Conferencia de Catedráticos se verificó, para el día de hoy, se han modificado de tal suerte y en forma tan radical, las condiciones del mundo, siendo tan distinta la conducta que ahora observan las naciones civilizadas en estos momentos de angustiosa y tremenda crisis, sin igual en los anales de la historia, que aquellos obstáculos con los cuales debe ordinariamente luchar el profesor, se multiplican y agigantan, pareciendo como que hicieran caer por tierra, derrumbándolas con estruendoso fracaso, las obras admirables de insignes filósofos y grandes pensadores, que han sido honra de la especie humana; trastórnase el todo proyectos por muchos años acariciados, y que se creían ya en vísperas de venturosa realización, y se ven amenazadas de muerte la credulidad y confianza de las masas y aun las de algunos de sus hombres dirigentes, en esa serie de principios que, con el esfuerzo y persistencia de varias generaciones, se vinieron agrupando al desarrollo progresivo de la conciencia de la humanidad, a fin de constituir el conjunto de leyes que se denominan Derecho Internacional, destinado a servir de norma de vida a los pueblos, manteniendo y equilibrando la coexistencia de los Estados; es decir, la comunidad de derecho, que es comunidad de cultura, de progreso y desarrollo de todos los factores sociales y políticos, dentro del más amplio respeto a la libertad.

La tarea del profesor es hoy doblemente ardua, pues por encima de las dificultades inherentes a toda enseñanza científica, ya por la diversidad de métodos y de criterios, ya por la oposición de las escuelas o las imperfecciones y vacíos naturales en toda concepción humana, debe él ahora más que nunca, en estos momentos supremos de prueba, no sólo tener plena seguridad y confianza en el futuro triunfo del derecho y de la justicia, sino saber comunicar a su vez esos sentimientos a la juventud que se instruye, a esa juventud que, aturdida hoy por el estruendo pavoroso de los cañones, ofuscada por los relámpagos de los explosivos y el humo espeso de los incendios y con el corazón angustiado por el clamor de las víctimas, se estremece y duda, que siente la más negra de las decepciones apoderarse de su alma ingenua y generosa y está dispuesta a arrojar con menosprecio los libros que le brindan doctrinas que parecen quiméricas, tan lejos se hallan de la espantosa realidad.

Y no son solamente las inteligencias jóvenes las que vacilan y protestan. A nuestros oídos atónitos llegan las voces autorizadas de estadistas, de jurisconsultos distinguidos, de notables comprofesores, que cumplen la misión honrosa de mantener vivo el culto del saber y con justicia son oráculos en las aulas universitarias, que desalentados también, niegan la existencia del Derecho Internacional, desconocen sus principios y dudan de sus leyes, a las que apenas si quieren concederles un restringido valor ético.

¿Qué hacer en semejante desconcierto? ¿Merecerá el Derecho Internacional que su estudio se divulgue y sus reglas se popularicen? ¿Se impondrán al fin sus preceptos, adquiriendo el carácter de leyes positivas, con todos los requisitos que a éstas se atribuyen en el dominio de las ciencias jurídicas? ¿Podrá borrarse la contradicción entre las teorías y la manera de aplicarlas

en la práctica; y más que todo, se logrará separar distintamente las influencias de la política, de los dictados de nuestra ciencia?

El estudio y resolución de estos problemas se imponen hoy, pues en la conciencia de todos está que nos hallamos en vísperas de grandes transformaciones, que repercutirán sin duda, en la manera de ser de las sociedades y de su futura organización. La hora de las grandes liquidaciones se aproxima y para entonces, América debe estar preparada, a fin de que su voz se escuche y sus procedimientos sirvan de ejemplo al viejo mundo. Para ello debemos buscar desde luego cuál será el principio director que habrá de impulsar las aspiraciones y procedimientos que orienten el porvenir, a efecto de acogernos a él, como a guía seguro que encamine nuestros pasos vacilantes.

Este es, pues, el papel que corresponde desempeñar a los que se dedican de preferencia al estudio de las múltiples cuestiones y difíciles problemas, que abarca el Derecho Internacional y a enseñarlo en Colegios y Universidades. Del criterio adoptado y del método que se observe, ora de conformidad con las tendencias positivas que tienen en cuenta las lecciones de la experiencia y la observación atenta de los hechos, ora de acuerdo con los cánones de las viejas escuelas, se recogerán o no los frutos apetecidos, los cuales, si se acierta con ellos, habrán de disminuir las desconfianzas, hacer que prevalezca el derecho e imperen en el mundo la justicia y el orden social.

El notable jurisconsulto y docto profesor chileno don Alejandro Álvarez, en sus interesantes estudios sobre el Derecho Internacional, que han sido tan justamente apreciados en América como en Europa, expone con inteligencia, claridad y acierto, el nuevo rumbo que conviene tomar en el estudio de esta asignatura, para librarla de las influencias metafísicas que han puesto trabas a su desenvolvimiento, rumbo que no es otro, sino el que señala el método positivo, que permite conocer las relaciones de los Estados, atendiendo al medio en que éstas se producen, siguiendo de cerca sus diversas transformaciones, sus causas y resultados y así, con esos elementos, concebir y poner en práctica, con certeza, las reformas que pueden y deben aplicarse.

Conviene, pues, insistir en este punto de capital importancia y encaminar los estudios por los senderos nuevamente trazados, en la seguridad que habrá de llegarse por ellos, dentro de las humanas posibilidades, a los fines que se anhelan.

Si se examinan los obstáculos que hasta el día se presentan en la enseñanza, encuéntrase que son de dos órdenes diferentes. Los primeros se refieren a obtener el exacto conocimiento de la constitución y teorías fundamentales del Derecho Internacional, en el sentido de formar un todo sistemático, armónico, positivo y ajustado a reglas más o menos variables, atendiendo al carácter particular de las entidades que son los sujetos de ese Derecho; y los segundos, a la recta y constante aplicación práctica de sus doctrinas como regla de conducta entre las naciones.

En la evolución general del derecho, aquél que determina el fundamento de las relaciones internacionales, hizo su aparición, constituido ya bajo principios científicos, en una época en la que el derecho privado había adquirido gran autoridad y adelanto. Y la explicación de este tardío aparecer, es evidente y fácil de comprenderlo, porque, si el derecho tiene por objeto y fin garantizar la libertad, su desenvolvimiento está en relación directa con la noción y el ejercicio, a través de las edades, del respeto debido a la personalidad humana; y es hasta mucho más tarde que, reconociéndose la personalidad internacional de las diferentes agrupaciones político-sociales, comienza a prestárseles el respeto que merecen y se aspiró a garantizar su igualdad jurídica y su libertad de acción. Además la historia nos enseña que el derecho interno se manifiesta

desde luego aún en la sociedad más embrionaria, a la que no ha faltado nunca una autoridad, cualquiera que ella sea, que fije el derecho y garantice sus resoluciones, mediante la sanción correspondiente; y es hasta en fecha relativamente moderna que se forma y generaliza la convicción, que la naturaleza misma, ha fundado y desarrollado entre los pueblos una comunidad de vida material, moral e intelectual, que sin hacerles perder ni su propia existencia ni su carácter particular, origina relaciones indispensables, que deben ser regidas forzosamente por el derecho, ya se manifieste o no, en las formas positivas hoy reconocidas y aceptadas.

Esta concepción de la comunidad de las naciones que Suárez, el sabio teólogo y humanista español, fué uno de los primeros que con mirada penetrante logró entrever y después de él, la mayor parte de los publicistas del siglo XVII, comenzó a penetrar profundamente en la conciencia pública, ya en forma clara e indiscutible, cuando queriéndose aplicar a las relaciones internacionales los principios de libertad enunciados en la famosa declaración, que es gloria inmarcesible de la Revolución Francesa, se propuso a la Asamblea Nacional que se considerara a la universalidad del género humano, como formando una sociedad, cuyo objeto es la paz y la felicidad de todos y en la que los Estados, a igual que los individuos, gocen de los mismos derechos naturales y estén sometidos a idénticas reglas de justicia.

A riesgo de causar inútil fatiga, en fuerza de repetir aquí lo que todos conocen, respecto de los diferentes senderos que tomaron en su origen los estudios del Derecho Internacional, creo, sin embargo que, al discurrirse sobre los medios de hacer éstos más efectivos, no puede dejarse de recordarlos, siquiera brevemente, pues en esos distintos conceptos y apreciaciones, debe hallarse uno de los obstáculos que hasta nuestros días, dificulta la enseñanza de esa materia.

No se ignora que la cuestión más controvertida desde un principio entre aquellos grandes filósofos y jurisconsultos a quienes, con justicia, se llaman los fundadores del Derecho Internacional, fué la de determinar el verdadero concepto de la ciencia y el origen de su fuerza imperativa, creando así las diferentes escuelas que todavía, se disputan el dominio y dirección de esta disciplina; y casi desde entonces, al calor de interminables controversias, comenzó a negársele el carácter positivo, sosteniéndose que no puede considerarse como tal derecho, aquél que carece de legislador que lo dicte y de sanción eficaz para las violaciones de sus preceptos. Estos argumentos han servido y continúan sirviendo a sus impugnadores, para combatir su carácter jurídico y a este propósito, el notable profesor de la Universidad de Bruselas, Mr. Ernesto Nys, cita la tesis que ya en el año de 1710, sostenía Arnold Rotgers en la Universidad de Leyde, negando al Derecho Internacional todo carácter positivo.

Esa diversidad de opiniones, condujo naturalmente a formar dos escuelas: la que admite la existencia de un derecho natural, que determina la conciencia jurídica común a todos los pueblos, imponiendo sus reglas y principios por la razón y la necesidad; y la otra que, reaccionando contra las exageraciones de la primera, cree que el derecho positivo de los Estados, es el único objeto de la ciencia.

El Derecho Internacional, como todos los conocimientos y las manifestaciones del espíritu, no ha podido librarse de la influencia de los sistemas filosóficos predominantes en las diversas épocas de desarrollo de la inteligencia humana. Así, es la escuela teológica la primera que se ocupa de explicar esas relaciones naturales que existen entre los pueblos y con tal fin, recurre al derecho canónico y a la autoridad de la Iglesia. El primero de esos elementos la

conduce a buscar en la ley natural, "luz que alumbra la razón y que Dios ha puesto en todos los hombres," el fundamento de esas relaciones; y el segundo, a la unidad de los Estados, constituidos como una vasta familia moral y política, bajo la supremacía y dirección del Pontífice Romano.

El concepto de unidad así concebido, desconociéndose la independencia de los Estados y el sentimiento de libertad innato en el individuo, hubo de combatirse enérgicamente mediante formidable lucha entre los representantes de esos diversos elementos; y la filosofía y la jurisprudencia, elevándose sobre las preocupaciones sectarias, descorren nuevos y más dilatados horizontes, apareciendo entonces, como continuadora de la escuela teológica, la metafísica o de las ideas abstractas, que busca en el derecho natural, la "recta ratio" de los antiguos, la fuente segura donde brotarán los principios que gobiernan a las naciones en sus múltiples puntos de contacto y a él acude, como a piedra angular de todas sus especulaciones.

Grocio, con su obra memorable, ofrece a los espíritus cultivados un campo vastísimo y señala tendencias hasta entonces desconocidas, comunicando nueva orientación al estudio del Derecho de Gentes; y Pufendorf, continuador de la obra del sabio erudito holandés y apoyándose en conceptos de ella, funda la escuela idealista o del derecho natural, del que hace derivar las reglas de conducta que emanan de la condición racional y social del hombre, prestando poco caso y aún tal vez indiferencia al derecho convencional o positivo.

Esta tendencia marcadamente exclusivista, que se empeñó en desconocer la parte importante que en el desarrollo de la ciencia, corresponde a los usos y costumbres establecidos entre los Estados, dió origen a la escuela positiva, que con Cornelio Bynkershoek, formula una concepción enteramente opuesta a la de la escuela idealista, reivindicando para los usos comunes y los principios consignados en los tratados y convenciones, el valor de un derecho y la misma autoridad de los preceptos jurídicos, acordando estudio preferente al estudio de ese derecho positivo.

La distinción que introdujo esta escuela carece, en verdad, de la inmensa trascendencia que ha querido prestársele y puede decirse, sin temor de equivocarse, que no es muy profunda la división que las separa, por más que así se haya venido apreciando hasta nuestros días. En efecto, el mismo Bynkershoek, en varias de sus obras, hizo terminantes declaraciones, confesando la supremacía de la razón y la necesidad de no apartarse de sus preceptos, preparando así el advenimiento de una tendencia intermedia, que da origen a la escuela ecléctica patrocinada por Jorge Federico de Martens, quien al mismo tiempo que se separa de las ideas de Grocio y de los partidarios de la escuela de derecho natural, admitiendo que los principios constituidos por los usos y las convenciones tienen valor jurídico y fuerza obligatoria, reconoce también la existencia de una ley natural que, a falta de preceptos positivos, debe inspirar la conducta de los Estados, a fin de mantener entre ellos el orden jurídico. Pudo observarse por el famoso catedrático de Gottingen, que en ambas escuelas existían elementos apreciables, con los cuales, agrupándolos convenientemente, se llegaría a formar un sistema completo que facilitase el acuerdo sobre el verdadero fundamento de esa rama de los conocimientos jurídicos.

Esta escuela vino a dar una nueva orientación al desenvolvimiento de nuestra ciencia, concediendo gran importancia al estudio de los fenómenos históricos, al acuerdo constante de los Estados sobre determinadas materias, a fin de obtener de unos y otros, deducciones y preceptos generales, para regular la vida internacional y abrió así la senda, por donde más tarde, deberían encauzar sus investigaciones los publicistas de la época moderna.

Pero ninguna de las escuelas ha podido librarse del predominio exagerado del derecho romano, fuente inagotable a la que han ocurrido los diferentes

jurisconsultos de todos los tiempos y que hasta nuestros días, influye en el concepto de muchas de las materias del Derecho Internacional y aún en las divisiones generalmente adoptadas para su estudio.

El profesor Westlake, de la Universidad de Cambridge, criticando ese inmoderado predominio, hace notar con sobrada justicia, que la clasificación de los derechos de los Estados ha sido arreglada, desde un principio, a la que las Institutas de Justiniano fijan para los derechos de los individuos. Desde Grocio para nuestra época, las obras de Derecho Internacional, atendiendo a esa división de personas, cosas, contratos y acciones, continúan el estudio de las relaciones de los Estados, considerando a éstos como personas; el territorio sometido a su soberanía, figura las cosas; los tratados son los contratos, representando las acciones, los medios coercitivos de que se sirven los pueblos, entre ellos, el primero y más frecuente, la guerra. Y no se ha tenido en consideración, que un Estado es esencialmente una sociedad política independiente, mientras que el hombre, sujeto del derecho privado, en tanto que individuo, sigue siendo miembro de aquella sociedad política, a la que lo ligan determinadas obligaciones de dependencia.

Cierto es que el antiguo y estrecho molde se ha extendido poco a poco, dándole una mayor amplitud, pero no por eso deja de resentirse de la tradicional confusión entre el derecho civil y el internacional, dificultando hoy todavía, que se perciban con claridad las diferencias esenciales entre uno y otro y las transformaciones experimentadas por la sociedad moderna, que modifican a su vez la naturaleza y alcances de los principios del Derecho de Gentes, haciendo aparecer a aquella muy distinta, en realidad, de lo que fué en edades anteriores.

Esas confusiones y las controversias de escuela existen hoy todavía e influyen poderosamente en la inevitable falta de precisión de los principios de esta ciencia; y de allí que el Derecho Internacional no aparezca a los ojos de las multitudes como un conjunto ordenado de principios sistemáticos, positivos y obligatorios, sino obedeciendo más bien en la práctica a las inspiraciones de la política arbitraria de los Estados, que no siempre arreglan sus procedimientos a los preceptos inmutables de la justicia y del derecho, sino a las conveniencias egoístas del fuerte sobre el débil.

Por más que la escuela ecléctica haya atraído a la mayor parte de los publicistas contemporáneos, por las ventajas que presenta la unión razonada de sistemas que, al completarse, dan al Derecho Internacional su verdadero carácter y sus legítimas tendencias, la escuela del derecho positivo cuenta con numerosos adeptos, principalmente en los países anglo-sajones. En Inglaterra sobre todo, la preferente importancia que se concedió al concepto de ley internacional, atendiendo a los preceptos estrechos de la escuela positiva, condujo a formar un grupo numeroso de adversarios del carácter jurídico de la ciencia, a la que alguno de ellos propuso, se substituyese el nombre de Derecho Internacional por el de moral internacional positiva.

Las doctrinas del utilitarista Bentham se han reflejado en sus discípulos, especialmente en James Mill y en John Austin; y los trabajos de este último, han ejercido y ejercen una influencia preponderante y decisiva en las universidades y en la literatura jurídica inglesas. El concepto de estos jurisconsultos se sintetiza en que, a su modo de ver, el derecho está establecido por superiores políticos que lo dictan a inferiores que les están sometidos, y los caracteres que los definen, según ellos, son la facultad de imponer una voluntad, junto con la sanción correspondiente, para el caso de inobediencia a los mandatos. Este criterio vino a renovar las primitivas objeciones formuladas desde un principio contra la existencia positiva del Derecho de Gentes y a pesar de la ruda oposición presentada por la escuela histórica, a cuyo frente se colocó Summer Maine,

uno de sus más grandes representativos, la influencia de aquél se ha ejercido en la opinión pública y por consiguiente en los hombres dirigentes de la vida exterior de ese admirable y poderoso Estado. Harto conocidas son las célebres palabras que el Marqués de Salisbury pronunció el año de 1877 en la Cámara de los Lores, afirmando que el Derecho Internacional no existe en el sentido que se da al término ley, sino que depende del prejuicio de los autores y que no hay tribunal alguno que pueda obligar a su cumplimiento. Esta pública manifestación del entonces Jefe del Gobierno inglés, deja considerar la gran influencia de la escuela de Austin y de los que han continuado su obra y permite convencerse que, por desgracia, los aparentes argumentos de los opositores del Derecho Internacional, subsisten todavía en la conciencia de entidades poseedoras de elementos capaces de desviar la verdadera dirección que debe comunicarse a la vida de las naciones, en cuanto organismos vinculados por una comunidad cada vez mayor de nuevos y distintos intereses.

Este erróneo concepto de la escuela positiva, como ya se vió, tiene su origen, en mucha parte, en el exagerado predominio concedido al derecho romano, lo que conduce a sus adeptos a confundir fácilmente las leyes del derecho privado con las del internacional. De aquí, que investigando ellos el fundamento de los principios de este derecho, de conformidad con la forma como se manifiestan en la práctica las leyes privadas, buscan al legislador que decrete esas leyes internacionales, y dadas las condiciones y manera de ser actual de los Estados, no pueden encontrarle: tratan de buscar la autoridad encargada de aplicarlas y el juez que haga efectivas sus decisiones, y tampoco los encuentran; de donde concluyen, que esas leyes no tienen de tales más que el nombre, pues carecen de origen cierto y positivo, de una aplicación regular y constante y de la correspondiente sanción, oportuna y eficaz.

En vano se demuestra que esas objeciones son más aparentes que reales, que jurídicamente, nada prueban en contra de su existencia positiva y lo único que demuestran es que el Derecho Internacional está todavía en su infancia y su desarrollo es lento e incompleto.

El Derecho, principio director y armónico de todo orden social, ha existido y existirá siempre, sin que sea preciso acudir a legisladores que lo declaren, ni a jueces y tribunales para hacerlo efectivo. La sociedad internacional es un hecho innegable, que responde a necesidades e imperfecciones de la especie humana, imposibles de desconocer; y la vieja máxima "ubi societas ibi jus est," demuestra hasta la evidencia, que la sociedad y el derecho, dependen indefectiblemente una del otro. Desde el momento en que los individuos se agrupan para satisfacer esas necesidades imprescindibles del orden físico o los pueblos, para cumplir las de orden moral y colectivo, la idea del derecho surge luminosa y se impone, constituyendo desde luego el principio que los inspira y dirige.

El derecho es, en cuanto a su existencia, completamente independiente y aun anterior a toda declaración legislativa y las leyes, que aparecen muchísimo más tarde, no desempeñan otro papel, que traducir en fórmulas positivas más o menos precisas, todo ese conjunto acumulado de usos, costumbres y tradiciones comunes, que forman la conciencia colectiva de los pueblos, como producto lógico y natural de esas relaciones recíprocas inevitables.

La falta de tribunal es de los argumentos que a diario se aducen como concluyentes y definitivos, sin que los que tal opinan, tengan en cuenta las enseñanzas de la historia acerca del lentísimo desenvolvimiento jurídico de las sociedades. ¿Se olvida, acaso, la manera como los particulares han debido mantener y hacer respetar sus derechos y hasta cuándo aparece la organización de tribunales permanentes? Y sin embargo, esa falta de jueces, ¿sería motivo suficiente para negar el valor real de las reglas de justicia que han

regido las relaciones privadas? La organización judicial no es condición precisa para la existencia del derecho, y su fuerza efectiva, no la obtuvo tan solo del poder público ni del precepto legislativo, pues esas fuentes no son más que unas de tantas y por cierto de las más recientes, como lo ha demostrado el insigne autor del "Derecho Antiguo."

En el eterno ciclo de su desarrollo, el Derecho de Gentes va hoy apenas acercándose a la justicia arbitral, lo que, refiriéndose al derecho privado, equivale a la situación en que se encontraron las sociedades primitivas, antes de la constitución y funcionamiento de tribunales estables; y es esa, la nueva fase en que entraron ya las relaciones de los Estados y el derecho que las regula.

Cierto es que, por desgracia, la sanción eficaz y efectiva a las transgresiones de sus reglas, tal como por lo general aparece en los dominios del derecho privado, falta hoy todavía y que no obstante la protesta de ese nuevo y poderoso elemento, la opinión pública, que cada vez ejerce una mayor y decisiva influencia en la conducta de pueblos y gobiernos, la fuerza bruta consagra y sigue consagrando en estos momentos dolorosos, los atropellos más audaces y las más flagrantes violaciones de las leyes internacionales. Pero aún así, la falta de pena para los transgresores, lamentable desde el punto de vista racional y lógico, nada prueba en contra de la existencia de las reglas jurídicas; y por otra parte, puede preguntarse, si en materia de derecho civil, penal y político, la institución de tribunales, garantiza siempre, en el continuo luchar por la vida, el respeto de los derechos de los individuos y la justa y equitativa reparación por los daños que se les irroguen. La ley se dicta para impedir las injusticias, pero no siempre puede asegurar por sí sola el triunfo de la justicia.

Si entre filósofos y hombres de estado y aún entre los mismos cultivadores de la ciencia del Derecho, surgen todas estas discusiones, agítanlos tantas controversias y son tan distintos los criterios que los dividen, en cuanto al valor positivo del Derecho Internacional y su fuerza obligatoria, puede fácilmente comprenderse la duda, la desconfianza y aún el descrédito, con que se mira esa disciplina por la generalidad de los individuos que, indiferentes por completo a esos estudios, emplean sus energías en otras diversas esferas de la actividad. Añádanse a lo dicho, los repetidos ejemplos de la historia, acerca del constante predominio de la fuerza y el triunfo de la política de intrigas e intereses personales; y como fin y remate de semejante desconcierto, el grosero fracaso que ahora experimentan tantas iniciativas generosas, que ya parecían muy cerca de convertirse en realidades, y podrá juzgarse de la situación embarazosa en que hoy, a los ojos de las muchedumbres decepcionadas y de los espíritus superficiales, se encuentran los profesores y propagandistas de las doctrinas del Derecho de Gentes.

Refiriéndonos al primer grupo de objeciones que hemos indicado, debe tenerse en cuenta, desde luego, un hecho que ha de informar el criterio predominante en la enseñanza moderna, y es que el Derecho Internacional es un sistema complejo de principios en constante y perpetuo desarrollo, que ha de llevar una marcha paralela y armónica con la que siguen los distintos factores que influyen en el progreso y evolución de la humanidad; y esos principios deben ser lo suficientemente flexibles, que les permita adaptarse a las condiciones variables por extremo de tiempo y de lugar. Ese proceso de adaptación, es indispensable para ir alcanzando su perfeccionamiento, ya que el bien público, como aspiración general informada por las ideas dominantes en un momento dado, se persigue siempre de modo muy distinto por las diferentes sociedades.

Existen ciertas ideas que se han tenido por fundamentales en el Derecho Internacional y así se han venido enseñando a la juventud, que responden a concepciones tan exageradas como inexactas y que hoy ya no están de acuerdo

uraleza de las cosas y el grado de civilización alcanzado por los La noción de soberanía, por ejemplo, tal como se enseña en la e los textos generalmente aceptados no reproduce hoy su verdadero concepto. El criterio individualista está en nuestros días en abierta con el principio de solidaridad que liga y vincula a los Estados en dad internacional, comunidad que es un hecho indiscutible, cuya no es posible desconocer y que a ella deben referirse las reglas para regular relaciones nuevas, pero naturales e indispensables. abstracta de soberanía, ya no puede admitirse entre Estados en el sistema de Gobierno popular, por una parte, y la organización nto de los intereses nacionales, por la otra, obedecen también a s comunes de un orden social superior y colectivo. Sin duda, que la representa la unión imprescindible de todas las fuerzas políticas de a efecto de garantizar el libre desenvolvimiento de sus particulares morales y materiales, pero sin que éstos puedan figurar nunca en on los intereses generales de la humanidad. Hoy es punto admitido, e las bases fundamentales en las que descansa el Derecho Internaderno, es la comunidad de intereses y que, de acuerdo con el criterio aba de exponer, la idea de independencia absoluta, de las antiguas debe sustituirse por la de interdependencia efectiva y necesaria, situao de la cual se complementa y desarrolla la personalidad del Estado. eración de todos los factores nacionales para conseguir los fines que la humanidad, conduce a la unificación de todas las fuerzas es y de orden económico y a un cosmopolitismo práctico y racional, te dar cumplimiento a las aspiraciones y diversas necesidades de nposibles de satisfacer por los recursos limitados de cada Estado sladamente. Hoy el ideal positivo de las agrupaciones humanas, la ver convertido al mundo en vasto campo de actividad donde se bremente todos los hombres, sin distinción de razas ni de religiones, os beneficios de la civilización y de la cultura, frutos de la cooperaral, aprovechen también a los elementos de cada nacionalidad

es insistirse en la enseñanza que se imparta en Escuelas y Universideterminar el verdadero concepto de la soberanía e independencia, n cuenta el principio de solidaridad que une a los Estados, produciendo nidad de hecho, que engendra entre ellos una real dependencia desde el punto de vista de los intereses morales, intelectuales y s. Rechácese la idea de la soberanía absoluta, tal como ha sido da desde el francés Jean Bodin en el siglo XVI, hasta el germano y los de su escuela, en el período contemporáneo. La noción de debe enseñarse hoy, con las limitaciones apuntadas y así se preadvenimiento del reinado de la paz y la concordia.

mas formidables interrogaciones que hoy se hacen en presencia del cataclismo que conmueve al mundo, indican ya que la teoría de la cia del Estado, en oposición violenta con los sagrados derechos del la vida y a la felicidad, debe sustituirse con un concepto más conlos fines propios y peculiares de esos distintos intereses, que a pesar rlosas conquistas del 79, todavía, en muchos puntos, se ostentan s.

pecto de la soberanía e independencia se ha modificado el criterio condicionándolo a las circunstancias de la época presente, no sucede cuando se trata de otro factor fundamental en el Derecho de Gentes; o de igualdad jurídica de los Estados. En aquél se ha venido pasando

de un absolutismo exagerado a un concepto menos rígido, dando cabida a nuevos elementos que lo hacen más amplio, según necesidades y tendencias nuevas. En el derecho de igualdad, el criterio dominante, lejos de atenuarse, se afirma y consolida cada vez más, considerándosele como condición imprescindible para la existencia y funcionamiento armónico de la comunidad internacional. La igualdad jurídica de los Estados debe afirmarse en la conciencia de los pueblos y su respeto es tan esencial, como lo es tratándose del mismo derecho en las relaciones individuales. Los derechos vitales de todo pueblo merecen idéntica consideración y respeto que los de cualquiera de los demás, por fuertes que sean y no puede tolerarse que éstos se libren de las obligaciones que a todos impone la comunidad internacional. El respeto por la igualdad jurídica de los Estados es el fundamento de todo el edificio de la ley de las naciones y cada entidad debe ejercitar en toda su extensión los derechos y facultades que resultan de su calidad de persona soberana.

Este derecho no siempre ha sido reconocido por las grandes potencias y sólo merced al desarrollo y generalización de los principios jurídicos, se ha venido consolidando lentamente. En la formidable lucha empeñada hoy en Europa, la fuerza amenaza el libre funcionamiento del orden social, con grave riesgo para los pequeños Estados. Deben, pues, perseverar los pueblos americanos en mantener estrictamente ese derecho, haciendo que figure como un principio positivo en las relaciones entre todos los pueblos y como un axioma indiscutible en la política internacional. Que la libre América contribuya a afirmarlo y que mediante su general reconocimiento, no se atropellen sus derechos de pueblos neutrales dedicados a las labores de la paz, por aquellos mismos que a una voz declaran hoy, que combaten por el triunfo de la justicia y del derecho.

Un mayor desarrollo del sentido moral, y una conciencia jurídica más elevada, no son por fortuna patrimonio exclusivo de los grandes Estados. Tan preciadas virtudes se encuentran también en las agrupaciones jóvenes, que si en los progresos materiales no pueden todavía rivalizar con aquéllos, en lo moral e intelectual y en las legítimas conquistas de la justicia y de la libertad, nada tienen acaso que envidiarles, ni pueden permitir que se les coloque en un nivel de marcada inferioridad. Precisamente, por pretender apartarse de ese principio y desconocer las condiciones reales de la vida moderna, en la mayor parte de los países americanos, cuya representación en la Segunda Conferencia de La Haya, produjo gratísima impresión, por su notable competencia y exquisita cultura, fracasó no ha muchos años un proyecto, cuya realización hubiera marcado un notable adelanto en el sistema general de justicia en las relaciones internacionales, señalando una nueva etapa en el desenvolvimiento y aplicación concreta de las leyes y preceptos del Derecho de Gentes.

Es innegable que de algún tiempo a esta parte ha venido afirmándose la necesidad y conveniencia de reglamentar las diversas e imperiosas manifestaciones de lo que constituye la administración internacional y hoy, sólo mediante la cooperación y los esfuerzos comunes de todos los Estados, pueden establecerse y desarrollarse esas múltiples relaciones pacíficas, para la satisfacción de sus necesidades racionales en el orden económico, moral e intelectual.

Esa actividad internacional se manifiesta en forma de los acuerdos que en negociaciones y tratados, ajustan los diversos países entre sí, a fin de regular las necesidades y aspiraciones que experimentan como indispensables de satisfacer, para lograr los fines de perfectibilidad y de bienestar que justamente anhelan las agrupaciones sociales. Tales acuerdos implican una comunidad de voluntades acerca de cuestiones concretas, que al ingresar al dominio de las leyes positivas, por los tratados y convenciones, sirven de medio para fijar

el derecho, de conformidad con el criterio dominante en los tiempos en que esos acuerdos se sintetizaron.

Puede asegurarse que el derecho de la administración internacional así formulado en los últimos tiempos, responde a la necesidad de orientar la vida de la humanidad por un sendero de mayor amplitud y más universal, que apartándose de las vinculaciones e intereses regionales, armonice las tendencias del individuo y las del Estado como entidad particular, con los legítimos ideales colectivos.

Las especiales condiciones en que se encuentran las Repúblicas Americanas, libres de los problemas seculares que agitan a los países del viejo mundo, conscientes de los poderosos elementos de vitalidad con que tan pródigamente los dotara la naturaleza, y presintiendo una gran misión histórica qué cumplir, aunaron sus esfuerzos a efecto de reglamentar esas importantísimas relaciones político-administrativas; y a ello obedecen los congresos y conferencias que vienen celebrándose, que han deslindado las cuestiones comunes de este Continente y propuesto los medios eficaces para resolverlas, en provecho del mayor incremento de los intereses superiores de estos pueblos.

Las Conferencias Panamericanas han realizado una labor altamente meritoria, que unida a los importantísimos trabajos llevados a feliz término en Europa y de manera especial en los Congresos de La Haya, permite agrupar un extenso cuerpo de reglas y principios, que pueden servir de norma segura en las relaciones internacionales. Aplicarlos constantemente con lealtad y rectitud por parte de los Gobiernos y su generalización, de tal modo que penetren en todas las clases sociales, serán los medios más adecuados de formar en los países americanos, la conciencia jurídica internacional, fin al que deben concurrir los estadistas y conductores de pueblos, con la decidida cooperación de los encargados de impartir la enseñanza.

Debe pues prestarse a ésta, preferente atención y escogerse los medios racionales para hacerla cada vez más efectiva. En los diversos países de la América el estudio del Derecho Internacional ha figurado siempre en los programas universitarios y, puesto que esa disciplina es una de las ramas de la ciencia jurídica, el conocimiento de ella, en sus divisiones en público y privado, obliga a los que emprenden la carrera del derecho.

Por lo que hace a Guatemala, el estudio del Derecho Internacional como asignatura distinta del Derecho Natural, fué establecido en nuestra Universidad, a fines del primer tercio del siglo pasado, fijándose entonces como texto la afamada y popular obra de Emer de Vattel. De aquellos tiempos para hoy, los cursos de esa materia han venido ampliándose cada vez más y su enseñanza se imparte en la actual Facultad de Derecho y Notariado—obligatoria para los que sigan ambas profesiones—de acuerdo con programas calcados en los que rigen en los principales centros docentes europeos y americanos, adoptándose para las explicaciones, las obras de los publicistas más ilustres de ambos mundos.

Tal vez a ese general empeño se deba la notable y valiosa contribución que en el desenvolvimiento de esa ciencia ha puesto la América desde los primeros tiempos de su vida autónoma; y el ingenuo entusiasmo de muchos de sus preclaros hijos y la firme confianza en la eficacia de los preceptos que establece, dieron aliento a gérmenes de ideales, que, si malogrados en los albores de su independencia, quizás constituirán las bases de la organización internacional de las sociedades americanas en tiempos futuros. La hermosa visión que entrevió Bolívar, desde que su genio vencedor dió libertad a un Continente, ha parecido utópica a nuestras generaciones y puede que llegue a no serlo con el transcurso de las edades.

Los obstáculos que dificultan la enseñanza pueden, pues, combatirse, obteniéndose sin duda los resultados práticos que se persiguen. Hemos visto ya la especial importancia que debe concederse al método, el cual, evitando las concepciones a priori, ha de descansar en los dictados de la experiencia y observación constante de los hechos, a fin de establecer las doctrinas fundamentales de la materia en estricta consonancia con ellos, separándolas cuidadosamente de las influencias poderosas de los intereses políticos de los Estados. Las especulaciones abstractas, las eternas controversias de escuelas para establecer fundamentos teóricos y estériles idealismos, deben dejar el lugar a un estudio práctico de los intereses y aspiraciones de los pueblos, como miembros de la comunidad de las naciones, dentro de un espacioso círculo, en el que prive el espíritu de cooperación, en provecho del desarrollo de los ideales y tendencias comunes.

Establecido el criterio racional que explica satisfactoriamente la existencia y carácter positivo del Derecho de Gentes, debe aplicarse la enseñanza a popularizar en las escuelas el estudio de ese conjunto codificado ya de leyes y de preceptos obligatorios, emanados de congresos y conferencias, e inculcarlos con el mismo empeño con el que se propagan los demás conocimientos jurídicos. A esta obra de divulgar los resultados prácticos del acuerdo y voluntad mundiales en tan numerosas materias, deben dar preferencia los profesores en las cátedras universitarias y facultativas. Pero allí sólo no basta, ni se conseguirían los fines que tan ardientemente se anhelan. Es necesario hacer que esos principios directores de la vida de los pueblos, comiencen éstos a conocerlos desde la escuela, en donde al lado de los sagrados deberes para con la patria, convendrá enseñarles que existe además otra patria grande, que la forma la humanidad, a la que también nos ligan vinculaciones y con la cual tenemos asimismo, deberes morales qué cumplir.

Y esto es tanto más importante, puesto que allí reside en verdad todo el problema del Derecho Internacional, que no es otro, sino armonizar el principio de autonomía de los Estados, garantizando su libertad, igualdad e independencia y su desenvolvimiento pacífico, con el concepto de cosmopolitismo que responde a la idea de humanidad.

La instrucción cívica, que da al ciudadano la preparación necesaria para comprender y ejercitar los derechos y obligaciones que su calidad de tal le impone, cuyo perfecto conocimiento y práctica, contribuyen a hacer efectivos los fines particulares del individuo y facilita la misión del Estado de realizar el derecho, debe ampliarse, en mi sentir, con elementos del Derecho Internacional, que enseñen los deberes de las naciones como miembros que son de una entidad superior, exponiendo así la verdadera idea de la soberanía, apartándose de su concepto exagerado, que como dice muy bien James Lorimer, conduce forzosamente a la tendencia primitiva del aislamiento.

Deberá ponerse en evidencia la necesidad de la cooperación de todos para el logro del bienestar y progreso general, inculcando a los alumnos que esa dependencia recíproca y necesaria de hombres y de pueblos, está determinada por el principio de solidaridad, en virtud del cual, nadie puede existir y prosperar en la tierra sin la ayuda y colaboración de los demás; que el mal de alguno no puede servir de base para el provecho de otros y que la dicha y prosperidad general redundarán en beneficio de cada uno en particular. Estas ideas encarnando al fin en la opinión pública, facilitarán el progreso evolutivo del sistema de jurisprudencia que llamamos ley de las naciones.

Su enseñanza, si necesaria para los elementos civiles, es indispensable tratándose de la clase militar, que por los fines peculiares del ejército y la naturaleza de sus instituciones, representa la fuerza, en la cual contempla

la generalidad, el fundamento del orden social. Es menester que el soldado, guardián de las leyes y garantía de las libertades del ciudadano, conociendo las virtudes militares, tenga también una conveniente preparación cívica y moral.

Los antiguos autores, Grocio, uno de ellos, concedieron a la guerra idéntica importancia que a la paz, considerando ambos estados, como materia del Derecho Internacional, y así se ha venido admitiendo hasta nuestros días. Esa división tan generalizada, de derecho de paz y derecho de la guerra, da origen a que se crea que existe un derecho tal de guerra, cuando, en realidad no es sino la forma imperfecta de sanción para los conflictos internacionales, inevitable por la falta de un tribunal superior entre los Estados. Pero no ha faltado quien se oponga a ese confuso criterio, proponiendo que la guerra, que es un hecho excepcional, se estudie como algo separado; y como quiera que ha de figurar aún en las obras de derecho, sea a manera de apéndice o suplemento, creyendo que podrá llegar la época en que esa materia se llame Derecho Penal Internacional, para desempeñar entonces entre los Estados, las funciones que las leyes criminales y los procedimientos penales, cumplen en las relaciones privadas.

Mientras eso se logre, los hombres se han preocupado y se empeñan siempre de humanizar hasta donde es posible, los efectos espantosamente destructores de la guerra; y a eso han obedecido diversas tentativas, que pudieron al fin sintetizarse, en los Convenios de La Haya y la Conferencia Naval de Londres. Tan importantes leyes y declaraciones obligatorias, fruto de una cultura superior y de sentimientos de un orden moral elevado, deben hacerse conocer y divulgar en las academias militares y navales, en los cuarteles, en los centros de obreros, agrícolas e industriales, en una palabra, hacer que penetren en el corazón y en la inteligencia de todos aquellos a quienes los Gobiernos, en momentos de desvarío y de insensatez, reviviendo en el hombre instintos atávicos, que la civilización se ha empeñado en modificar y hacer que desaparezcan, lanzan a la obra mil veces odiosa de muerte y exterminio.

Los gravísimos sucesos actuales han servido para que espíritus que juzgan superficialmente los hechos, declaren de manera enfática la poca utilidad del Derecho Internacional; sin fijarse que hay diferencia, y grande, entre la falta voluntaria de cumplimiento de un precepto y la existencia y valor de éste. Las diarias infracciones de la ley penal entre los individuos, no son argumentos contra la existencia e ineficacia del derecho que regula esas relaciones privadas.

Que la enseñanza de los principios del Derecho Internacional debe generalizarse, de tal suerte que se apodere de todos los factores de la sociedad y ésta a su vez preste su decidido apoyo para aplicarlos cuando se presente el caso, es algo que está fuera de toda duda. Y que esa obra de divulgación así emprendida puede ser y es eficaz, lo demuestran las siguientes palabras que no podemos dejar de reproducir tomándolas del Informe Oficial que el ilustre jurisconsulto James Brown Scott, en su carácter de director de la división respectiva, presentó en el curso de este año a los miembros de la Fundación Carnegie:

Encontramos además que los mayores cargos que alguno de los beligerantes debe soportar en la presente guerra, es el de haber violado tratados y despreciado las reglas del derecho internacional. Es curioso notar a este respecto, que el país contra el cual este cargo se formula más frecuente y violentamente, no tenía, sino hasta hace pocos años, una sola cátedra, en todo su gran sistema educativo, dedicada exclusivamente a la enseñanza del Derecho Internacional.

Las frases de tan autorizado profesor, abren un vasto horizonte para la explicación de hechos que han causado en todos crueles desengaños y vienen a comprobar por manera indiscutible, que la enseñanza y generalización de los

principios del Derecho de Gentes, son indispensables en todas las sociedades, y que serán aquéllas que obedezcan y cumplan sus mandatos, las que puedan ostentar y llevar muy alto el glorioso estandarte de la civilización, respondiendo al verdadero concepto de cultura.

La paz de Westfalia, terminando las sangrientas guerras religiosas que durante tantos años arrastraron a la Europa, señaló una nueva era en el desenvolvimiento y progreso del Derecho Internacional e inauguró una mentalidad superior en las sociedades, que desde entonces comprendieron que la diferencia de credo religioso, no puede ya conducir a los pueblos a la guerra.

La futura paz marcará sin duda el principio de nuevas orientaciones en la vida de los Estados y puede que traiga en sí el germen de otra concepción distinta del organismo político-social. Se exigirá quizás para el porvenir una participación más amplia y directa de todos los factores determinantes de la política, a fin de contrarrestar el poder absoluto que, en un momento dado, concentran en sus manos los Jefes de Gobierno, haciéndolos árbitros únicos de los destinos de los pueblos. Ya no se considerará a éstos como simples instrumentos para fines personales de delirante grandeza, ni podrán empujarlos a su antojo a la matanza y al desastre, pues tendrán que contar en lo sucesivo, con la voluntad firme y bien definida de aquellos que representan las verdaderas y legítimas aspiraciones nacionales.

El triunfo completo de las ideas democráticas y del régimen representativo, vendrá al fin a libertar a los pueblos de la esclavitud a que los tiene sujetos todavía el concepto equivocado del poder absoluto del Estado, en cuanto a la política exterior, y entonces, ya no será cosa fácil jugar la suerte de los pueblos en el misterio de los gabinetes, al impulso de intereses egoístas de las clases privilegiadas.

Convencidos los grupos sociales de los derechos y deberes que les corresponden en la comunidad de las naciones, mediante un conocimiento fácil y general de los principios que establece el derecho y la necesaria interdependencia que los vincula, cuidarán de imprimir a la política exterior, confiada a los Gobiernos, pero con la directa colaboración de parlamentos o asambleas, el espíritu de justicia y de fraternidad que debe inspirar la conducta de todos los hombres, como miembros de la gran familia humana, a efecto de realizar el ejercicio de la libertad, fin racional de la vida.

Tal vez no estemos muy lejos de encontrar la tan deseada fórmula de sanción y la manera de hacerla efectiva, para los transgresores de la ley de las naciones. El sueño quimérico de un Tribunal Permanente de Arbitraje, con facultad para decretar, con el apoyo de los países neutrales, el aislamiento económico contra aquél que no se someta al fallo dictado en una controversia, cualquiera que ella sea, quizás deje de ser utópico, pues parece ser esa la tendencia que hoy inspira el criterio de la opinión pública ilustrada.

No hay Gobierno capaz de declarar ante el mundo que ha ido a la guerra movido por propio impulso. Por el contrario, unos a otros se enrostran la tremenda responsabilidad, inundan a los países neutrales con documentos justificativos de su conducta, a fin de captarse las simpatías generales y todos proclaman solemnemente que combaten por el triunfo de la libertad y del derecho.

La humanidad camina incesantemente hacia un mayor progreso moral e intelectual, en tal forma, que ninguna fuerza puede detenerla. Nuevas generaciones verán realizada una distinta fase del sentimiento superior de justicia entre los pueblos y entonces brillará con luz radiante la hermosa leyenda que

ostenta en su escudo la Sociedad Americana de Derecho Internacional, *inter gentes jus et pax.*

CONCLUSIONES.

El estudio del Derecho Internacional debe comprender no solamente la teoría de la ciencia, sino que la enseñanza ha de tener un carácter práctico, abandonando las especulaciones metafísicas y haciendo que los alumnos obtengan deducciones de los ejemplos históricos que se les propongan.

Conviene apartarse en la enseñanza del Derecho Internacional del criterio exagerado de la escuela, que confundiendo el derecho con la ley, desconoce la existencia positiva de los principios fundamentales en que descansa esa ciencia.

Es necesario fijar el verdadero concepto de la soberanía, en lo que se refiere a la política exterior, tal como debe entenderse en la época moderna, haciendo notar el estado de interdependencia recíproca que realmente existe entre las naciones, que están estrechamente vinculadas por el principio de solidaridad.

Es indispensable que la enseñanza del Derecho Internacional afirme en la conciencia pública el concepto de igualdad jurídica de los Estados, por la especial importancia que para la vida y libre desarrollo de los intereses vitales de las naciones americanas, tiene el estricto mantenimiento de ese principio.

Es un deber combatir en la Cátedra la peligrosa doctrina de que la extrema necesidad convierte un acto en justo o injusto y puede engendrar el derecho.

Debe enseñarse a la juventud, en las escuelas elementales y secundarias, nociones generales del Derecho Internacional, al mismo tiempo que se enseña la Instrucción Cívica.

Dar también esa enseñanza en las academias militares, cuarteles, círculos de obreros, etc. ampliada de manera especial, con el estudio de los distintos convenios que regulan las leyes y usos de la guerra.

Inspirar confianza y seguridad a los alumnos en el triunfo del derecho, preparando así la opinión pública en el sentido de favorecer el establecimiento del Tribunal Permanente de Arbitraje, el cual deberá resolver todas las controversias entre los Estados, cualquiera que sea su naturaleza, más bien desde el punto de vista *de jure*, que del amigable componedor.

Favorecer la codificación parcial, teniendo en cuenta al efecto, que el Derecho no es inamovible, sino que marcha a la par de las transformaciones sociales y políticas y su verdadera misión es preparar esas transformaciones y orientarlas en el sentido de la Justicia, base sobre la que descansa el orden social.

OBRAS CONSULTADAS.

Ernest Nys, Le Droit International, 1912.
J. Lorimer, Principes de Droit International, 1885.
John Westlake, Études sur les Principes de Droit International.
Alexandre Alvárez, Le Droit International Américain, 1910.
Henry Bonfils, Manuel de Droit International Public, 1912.
F. de Martens, Derecho Internacional.
Revista Americana de Derecho Internacional, Tomo VI, No. 1, 1912, E. Nys.
James Brown Scott, Carnegie Endowment for International Peace, Yearbook for 1915.
Les Fondateurs du Droit International—Paris, 1904.

EL PARAGUAY Y AMÉRICA.

Por JUAN F. PÉREZ,
Subsecretario de Instrucción Pública de Paraguay.

El Paraguay, por causas históricas y geográficas, y debido principalmente a su posición mediterránea, ha permanecido no sólo alejado sino también aislado de los demás pueblos del continente y poco conocido, aún hoy mismo, en el resto del mundo.

Es fácil darse cuenta de lo que dicha circunstancia significaría en los pasados tiempos al solo considerar que aún en la actualidad, derribadas las barreras naturales y artificiales que lo mantuvieron separado del contacto directo y del comercio moral y material con las demás naciones; surcados sus ríos y su territorio por vapores, ferrocarriles y demás elementos modernos de locomoción; comunicado telegráfica y radiográficamente con el exterior; con servicios regulares y frecuentes de correos fluviales y terrestres internacionales; con importantes empresas de capitales extranjeros que explotan sus riquezas naturales y las hacen objeto de sus transacciones en los mercados mundiales; con intercambio continuo de hombres y de publicaciones, libros y revistas con los centros del exterior; visitado por gran número de touristas que hacen incesante y espontánea propaganda de sus naturales bellezas y recursos, figurando entre ellos conocidos hombres de ciencias y de letras que han publicado sus favorables impresiones a su respecto; con todo esto, aun es poco o insuficientemente conocido, cuando no calumniado, y su nombre muchas veces suena confusamente, mezclado o confundido con los de países vecinos y en estos mismos apenas si se tiene una idea exacta o una noción aproximada de su entidad, de su cultura y hasta de su propia situación geográfica.

Nada de extraño tiene entonces que su historia y sus héroes hayan sido desconocidos, o desfigurados en los días pretéritos, máxime cuando ha habido de por medio fuertes y obstinados intereses en pugna, empeñados en anular la personería y en empequeñecer la actuación de nuestro país.

Ello no obstante, la verdad es que el Paraguay ha ejercido una acción intensa, trascendente y constante en los destinos de estas regiones, desde los primeros días de la conquista y el coloniaje hasta el presente, sin excluir el período de la Independencia en que muchos escritores e historiadores no han llegado a ver la participación activa que en ella ha tenido nuestro país bien que mediterráneo y pequeño.

Es sabido, en efecto, que su capital, la Asunción, es una de las más antiguas fundaciones del Río de la Plata y uno de los primeros centros de la colonización en América. De su seno partieron después las expediciones que sirvieron de núcleo y dieron origen a Santa Cruz de la Sierra, Buenos Aires, Corrientes, Santa Fe, Jerez, etc.

El mismo fundador de Montevideo, en data muy posterior, fué antes Gobernador del Paraguay y de allí pasó a establecer ese otro baluarte de la dominación española en el Atlántico meridional.

Su concurso fué eficaz contra las incursiones de los portugueses en los dominios hispánicos de estas regiones y contra las depredaciones de los indígenas, en defensa de los nuevos núcleos de población con extensas y desiertas fronteras, y se prestó también en su hora en ambas metrópolis platinas para repeler las invasiones inglesas. Precisamente uno de los Próceres de la independencia del Paraguay, el Brigadier D. Fulgencio Yegros, Presidente después de la primera Junta Gubernativa constituída a raíz del movimiento emancipador de 1811, como lo fuera Cornelio Saavedra en Buenos Aires, fué uno de los jefes paraguayos que cayó gravemente herido en los muros de Montevideo, del mismo

modo que el otro coronel paraguayo, D. José Espínola, acudió con el gobernador Velasco en auxilio de Buenos Aires en esa memorable ocasión precursora de la independencia del nuevo continente.

Con el importe de los impuestos a sus productos y comercio, se allegaron recursos bélicos y de diverso orden, tanto en Buenos Aires como en Santa Fe, centro después de patrióticas resistencias.

Las misiones guaraníticas son famosas en la historia de la conquista de estas regiones, y nuestros no menos famosos Comuneros fueron los primeros en dar el grito de emancipación, mucho antes que la revolución francesa y la misma norteamericana, que más tarde había de servir como de punto de partida a igual movimiento en las colonias hispánicas.

En materia de instrucción pública, poco o nada tenía el Paraguay colonial que aprender de sus vecinos. Los Virreyes de Buenos Aires enviaban becados al Colegio Carolino de la Asunción y un paraguayo ilustre, Fernando de Trejo y Sanabria fué el fundador de la Universidad de Córdoba, que aún venera su memoria y lo ha inmortalizado en recientes días.

Ya los primeros gobernantes del Paraguay, como el justamente célebre D. Domingo Martínez de Irala que llevó sus armas hasta el Perú al través del Chaco y de Bolivia, en medio de los azares y atenciones guerreras de la época, se preocuparon de la suerte de la instrucción popular en tan remotos tiempos, y su ejemplo fué seguido por el progresista gobierno de Hernando Arias de Saavedra (paraguayo), el primer gobernante americano o nativo que ejerció por tres veces el mando, con ejemplar y memorable lucimiento.

Producido el movimiento del 25 de mayo de 1810 en Buenos Aires, el Paraguay se adhirió entusiastamente a la causa americana y apenas formado su gobierno propio, después de sacudir el dominio extranjero y desbaratar las combinaciones y pretensiones de la corte portuguesa a su respecto, que por entonces se manifestaron igualmente en todo el Río de la Plata, celebró con los plenipotenciarios de la Junta de Mayo, Belgrano y Echeverría, el Tratado de Amistad y de Alianza del 12 de octubre de 1811, que a la vez de reconocimiento de su independencia, era de mutua cooperación a la magna causa de la libertad de estos pueblos.

El Paraguay, en su virtud, fué solicitado por la Argentina y el Uruguay a cooperar en la obra común y tomó sus disposiciones para hacer efectivo su concurso, del mismo modo que San Martín más tarde habría de llevar el concurso del Plata a Chile y Perú, seguido por dos paraguayos que ya en San Lorenzo combatieron a su lado y que hicieron con él toda la campaña de los Andes. Uno de ellos, el Coronel paraguayo, José Félix Bogado, regresó a Buenos Aires al mando de los famosos Granaderos después de haber actuado también en Junín y Ayacucho al lado de Bolívar y de Sucre.

Los gobiernos del Plata por repetidas veces pidieron auxilios de tropas y de recursos al Paraguay para la campaña de la independencia, y a fin de equipar un ejército eficiente, la Junta gubernativa de Asunción preparó los elementos y recursos en efectivo, para adquirir el armamento necesario, y los envió a cargo de D. Rafael de la Mora y de Martín [illegible]. La misma Junta, compuesta a la sazón del brigadier D. Fulgencio Yegros, el denodado capitán D. Pedro Juan Caballero, jefe militar del movimiento del 14 de mayo que consumó la independencia del Paraguay después de las acciones de Paraguarí y de Tacuarí, y de D. Fernando de la Mora, bajo la diligente dirección de este último, mantuvo al mismo objeto activa correspondencia con los gobiernos de Buenos Aires y del Uruguay y dispuso además la formación de una escuadrilla nacional para la defensa del río Paraná, amagado por la

escuadra española de Montevideo, así como también la fortificación de un sitio conveniente de la costa y el envío de refuerzos terrestres a Corrientes.

Además reforzó la guarnición del Paraná, respondiendo a un vasto plan combinado con el Jefe de los Orientales, el general José Gervasio Artigas, para defenderse unidos en la línea del Paraná contra el ejército realista que bajaba triunfante del Alto Perú amenazando arrollarlo todo a su paso y reunirse con los españoles de Montevideo.

Al mismo tiempo, la junta gubernativa del Paraguay tenía que luchar contra las tentativas reaccionarias dentro del propio territorio y las incesantes maquinaciones fomentadas por las pretensiones de los portugueses para apoderarse de estos países, y rechazar tentativas armadas, especialmente en la frontera norte donde aquéllos llegaron a apoderarse del Fuerte de Borbón (u Olimpo) y azuzaban a los indígenas (mbayáes) para hostilizar a las poblaciones de esa región fronteriza y hacer más difícil su defensa.

Está fuera de duda que la conjuración contra la independencia y la libertad de estos pueblos era vasta y compleja y tenía muy hábiles agentes y aliados en todo el continente y en las mismas Cortes europeas, estrechamente vinculadas por el Congreso de Viena y el Tratado de la Santa Alianza.

La extensa correspondencia diplomática mantenida por los Próceres paraguayos con los prohombres del Plata, pone de relieve la firmeza inquebrantable de sus convicciones, la nobleza de sus ideales y la constancia de la acción desplegada desde el primer momento, sin un asomo de desmayo, en defensa siempre de la causa americana, como bien lo expresan en interesantes y luminosas notas, y revela los planes de organización institucional sobre la que pensaban cimentar y se ha asentado más tarde, en efecto, el porvenir de las nuevas nacionalidades, infelizmente malogrado entonces por un cúmulo de concausas y de circunstancias desgraciadas.

El tratado del 12 de octubre de 1811 para cuyo fiel cumplimiento el Paraguay no omitió esfuerzos ni entusiasmos, es el primero de su género celebrado en el continente y marca la etapa inicial de las vinculaciones internacionales hoy tan felizmente encaminadas.

Es digno de notar especialmente que, en una de las comunicaciones cambiadas con este motivo entre la Junta gubernativa de la Asunción y la de Buenos Aires, a propósito de las relaciones con la Banda Oriental y los auxilios enviados por el Paraguay a su Jefe, en virtud de lo pedido por éste y de lo encarecido por su aliada, asumiendo aquélla de lleno la responsabilidad de la acción conjunta y congratulándose de ella, reproducía a la de la metrópoli platina (en enero de 1812), el hermoso pasaje de un orador norteamericano que dice: "Hemos sembrado el Árbol de la Paz y hemos sepultado bajo de sus raíces el Hacha de la Guerra. En adelante descansaremos a su sombra y nos dedicaremos unidos a robustecer las cadenas (vínculos) que han de unir a todo el continente."

También es digno de mención que el prócer paraguayo y alma de aquella Junta, D. Fernando de la Mora, nombre que al par de tantos otros se eclipsó después y se hundió en las sombras de la Dictadura, conocía la Constitución norteamericana, y la tenía copiada de su puño y letra al margen de sus cuadernos de apuntes que aún se conservan, en tanto que los prohombres de aquellos tiempos se inspiraban preferentemente en las obras y doctrinas de los filósofos y publicistas que prepararon la revolución francesa y en las enseñanzas y ejemplos de la historia de Grecia y de Roma, que citan con frecuencia, con rancio enciclopedismo, olvidando en cambio la organización constitucional de la gran República del Norte.

Fueron esos mismos próceres los que en medio de sus afanes dieron considerable impulso a la educación popular, preconizando métodos de enseñanza que más tarde habían de implantar educacionistas como Lancaster en Europa y Rivadavia en la Argentina.

El Paraguay fué al organizarse más tarde el primero que creó una marina mercante propia trasatlántica, y también en los Estados Unidos se formó por entonces la llamada "Compañía de Navegación de Norte América y el Paraguay," que originó una reclamación posterior del ciudadano norte americano Eduardo A. Hopkins, fallada a favor del Paraguay.

El gobierno norteamericano ofreció su mediación amistosa en el conflicto surgido entre los gobiernos de Rosas y del primer López, y fué igualmente el que entendió y falló en la cuestión arbitral de límites con la Argentina, poniendo término a las incidencias de arreglo directo, con el laudo del Presidente Rutherford B. Hayes. La villa principal del Chaco paraguayo lleva su nombre.

Pero sobre todo, es digno de mención que cuando las veleidades y desfallecimientos de algunos prohombres dirigentes del movimiento emancipador en el Río de la Plata pusieron en peligro la integridad de la causa americana y los gobiernos de Adams y de Monroe se alarmaron ante la posibilidad de la restauración monárquica en la América del Sud o ante la erección de nuevos tronos extranjeros, con que soñaban algunos de sus directores políticos, el gobierno del Paraguay fué uno de los que se mantuvo siempre firme e inconmovible en proclamar y sostener la integridad de la soberanía de estos pueblos, anticipándose así nuestra primera Junta a propiciar la unidad y la solidaridad del sistema de América con que también soñara Bolívar para consolidar la obra tan penosamente realizada y ponerla a cubierto de ulteriores asechanzas.

Y el gobierno de los Estados Unidos que bajo la presidencia de Adams y de Monroe se preocupó de la suerte del movimiento emancipador en el Río de la Plata y envió comisionados especiales para estudiarlo de cerca, inquieto, sin duda, ante el giro amenazante que parecía tomar para la causa común de la América, no pudo sospechar entonces, por lo mismo que sus enviados no llegaron hasta el Paraguay, por lo que ha quedado expuesto al principio de este bosquejo, que este país, inaccesible a los ojos de la vecindad, había sido y continuaba siendo en medio de su soledad y de su desamparo, en medio de sus dificultades externas e internas, uno de los que más se había esforzado por mantener incólume la causa común, aquélla por que lucharon Wáshington en los Estados Unidos del Norte, Bolívar al sur del itsmo, San Martín en el otro extremo del macizo granítico, Artigas en la cuenca del Uruguay y también nuestros Patricios encerrados en el corazón oprimido del continente austral: aquello de que hablaban con tanto fervor en sus notas: el sistema continental de la América independiente.

El bosquejo que antecede explica someramente la actuación de nuestro país dentro del panamericanismo que hoy tiende a convertirse en una hermosa verdad. La convocatoria de este Congreso, la aceptación creciente que encuentra y la gran cantidad de trabajos presentados al mismo por eminentes publicistas de todos los países cuyas elocuentes palabras y enseñanzas perdurarán en nuestro espíritu con gratas resonancias, nos persuaden con la evidencia de los hechos actuales y tangibles que el sentimiento y el ideal del panamericanismo no son una quimera ni vanas palabras, sino una realidad palpitante.

El momento es extraordinariamente propicio. El gran Libertador, el Wáshington del Derecho Internacional en el Nuevo Mundo está próximo a surgir. Su mirada alumbra ya nuestras conciencias, como un Sol que se alza en el cielo americano.

Es el nuevo espíritu que está presidiendo estas sesiones.

¿DEBERÍA CODIFICARSE EL DERECHO INTERNACIONAL? Y EN ESE CASO ¿DEBERÍA HACERSE POR GESTIONES DE LOS GOBIERNOS O POR SOCIEDADES CIENTÍFICAS PRIVADAS?

Por ALONSO REYES GUERRA,
Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

La cuestión principal que entraña el importantísimo número del programa del Segundo Congreso Científico Panamericano, que sirve de tema al presente trabajo, ha sido resuelta, expresa y oficialmente, en la especial Convención de la Tercera Conferencia Panamericana en que se creó la Comisión Internacional de Jurisconsultos con el único fin de proceder a construir los códigos de derecho público y privado internacionales. Dicha Convención se dictó por acuerdo unánime de las delegaciones acreditadas en la Conferencia y fué aprobada en seguida por los Gobiernos interesados; recibiendo el debido cumplimiento las estipulaciones votadas, con la reunión de la Junta de Jurisconsultos americanos, por primera vez, en la ciudad de Río de Janeiro, en junio y julio de 1912.

La Tercera Conferencia Panamericana tuvo en cuenta para considerar y concluir tan brillante Convención, no sólo las tendencias doctrinarias dominantes en el vasto campo del derecho, sino que hizo honor muy señalado a los esfuerzos generosos que con este noble fin se desarrollaron en el Congreso Internacional de Montevideo primero, y después en la Segunda Conferencia Panamericana.

La magna obra de la codificación del derecho internacional tiene en su favor las opiniones más autorizadas entre los publicistas, jurisconsultos y hombres de Estado eminentes, en Europa y en América, atribuyéndole ventajas positivas evidentes y de inmediata eficacia para la realización de los altos ideales de paz y de leal amistad entre los Estados. Los pensadores americanos mejor intencionados, iniciaron, en diferentes épocas y circunstancias, a partir de la Independencia de los nuevos Estados soberanos, el movimiento pacifista y de su consolidación autonómica en el futuro, procurando establecer sobre muy firmes cimientos de solidaridad, las vinculaciones históricas de naturaleza moral y política, indispensables como garantías no sólo de una segura existencia dentro de la comunidad internacional, sino también favorecedoras de un progreso simultáneo y rápido, y de un fecundo desarrollo de fuerzas económicas y de cultura homogéneas, de inquebrantable poder en la esfera de las actividades nacionales internas y externas. Esta meritoria labor del patriotismo americano, fué ardientemente estimulada por las doctrinas de filósofos y profesores de ilustre fama, por jurisconsultos y publicistas sabios, autores todos ellos de obras notables que han ejercido y aún ejercen poderoso influjo en las nuevas orientaciones del pensamiento moderno y en el concepto ético que determina la evolución social en el sentido democrático más libre y humano. Así, pues, no ha de estimarse como una mera fantasía la generosa tentativa del Congreso Internacional de Montevideo, entusiasta y resueltamente sostenida y acogida entre sus miembros; tentativa que, a propuesta de la representación del Brasil y por el voto unánime de los delegados a la Tercera Conferencia Panamericana, se ha convertido en un perfecto organismo jurídico: la Comisión Internacional de Jurisconsultos.

El hecho culminante en este orden de ideas y anhelos de la política y de la ciencia en el campo del derecho internacional, sin lugar a dudas, es la Convención de la Tercera Conferencia Panamericana que instituye la Comisión Internacional de Jurisconsultos, porque en ella se resuelve de manera afirmativa y categórica el problema de la codificación del Derecho de Gentes en América. Desde ese momento célebre en los anales de las asambleas internacionalistas, quedó definitivamente declarado, en forma solemne y pública en

América, que el derecho internacional puede y debe reducirse a un conjunto sistemático de principios a modo de un código de leyes positivo; y, asimismo, que esta obra puede y debe hacerse por gestiones de los Gobiernos que han suscrito y aprobado la referida Convención, haciéndose representar en la Junta de Jurisconsultos encargada de legislar en esta hermosa y trascendente rama del derecho. Juzgando con elevación y rectitud de espíritu, no creo que sea posible admitir serias objeciones al respecto ni que lleguen a oponerse con sinceridad y fundamento justificables. En consecuencia, es de todo punto indiscutible que la codificación del derecho internacional constituye ahora un compromiso público entre los Estados de América, que ha de satisfacerse legítima y forzosamente por los Gobiernos, en Conferencias Panamericanas celebradas por la Comisión Internacional de Jurisconsultos, ya instituída como cuerpo legislador. Por cierto que así lo entendió el Gobierno del Brasil cuando inició en la Tercera Conferencia Panamericana la mencionada Convención y cuando protegió e hizo preparar por eminentes publicistas brasileños los respectivos proyectos de códigos internacionales, público y privado. Y los demás Gobiernos de América aceptaron esta correcta inteligencia del Gobierno del Brasil puesto que, en cumplimiento del mandato que contiene la indicada Convención, concurrieron, por medio de sus delegados, a la primera Junta de Jurisconsultos que se reunió en Río de Janeiro con el objeto exclusivo de discutir y votar los códigos de derecho público y privado internacionales, de antemano elaborados y distribuídos por el Gobierno del Brasil entre las cancillerías americanas para su previo conocimiento y estudio.

Me fué concedido el honor de representar a mi país y a mi Gobierno en esa primera Junta de Jurisconsultos, y en ella tuve la satisfacción de sostener con lealtad y franqueza los trabajos admirables y las elevadas concepciones de la mentalidad brasileña, poseída de los más justificados anhelos del genuino patriotismo americano.

La primera Conferencia de Jurisconsultos no respondió a las esperanzas que en ella puso la conciencia ilustrada de América. Aplazó, sin causas de verdadera significación, el conocimiento inmediato y directo de los proyectos de códigos presentados por el Brasil, adoptando, en cambio, métodos complicados de organización y trabajo, evidentemente ilusorios. Fuí adversario decidido de tales organizaciones, creadas por mayoría de votos de la asamblea, y juzgué entonces, lo mismo que hoy, los procedimientos que se propusieron y se admitieron, como un sensible fracaso del hermoso pensamiento de la codificación del derecho internacional.

*

* *

De mi informe oficial de crítica a la obra de la primera Junta de Jurisconsultos, reproduzco los párrafos que siguen:

"El texto de los dos discursos que pronuncié en el 'Palacio Monroe' de Río de Janeiro durante la sesión que la Junta de Jurisconsultos americanos celebró el 8 de julio—interpretado en su legítimo sentido—demuestra el justificable anhelo de una nación débil para asegurarse, siquiera por medio de las fórmulas jurídicas solemnes, en su integridad y plena soberanía de derecho, dentro de la comunidad internacional americana. Pensé que los representantes de los relativamente pequeños Estados latino-americanos, debíamos ser los más convencidos de la urgente necesidad de construir el Derecho internacional positivo en la América, codificándolo en todo lo que tiene de universal y, en principio, de aceptable para las naciones del globo como uno de los medios de defensa, moral y legalmente, de mayor significación. Porque las naciones que no pueden hallar en la fuerza material los recursos que prestan valiosa garantía a su libertad y a su independencia—sin olvidarse ni un instante de que la base de toda previsión inteligente radica en la práctica honrada y en la aplicación efectiva de las instituciones reguladoras de actividades internas, en las

múltiples manifestaciones de bienestar y de progreso—tienen que moverse en un extenso campo intelectual en el que es posible obtener elementos de otra naturaleza: el campo del Derecho y de la Justicia absolutos, que permite—para la vida en las relaciones exteriores—la perfecta consagración como leyes, de los principios que sirven de fundamento científico en los dominios de aquél, y de suprema norma y aspiración moral en los de ésta.

El problema de la autonomía completa de las naciones es, desde en los tiempos más remotos, cuestión de equilibrio, o de preponderancias y subyugaciones violentas. Los Estados fuertes se disponen a la conquista de los débiles por la caprichosa ley de su fuerza. Y la conquista que, como todo atentado, es siempre odiosa y entraña una inmensa desgracia cuando se consuma entre pueblos del mismo origen—constituye una calamidad más desastrosa que la muerte cuando una raza de caracteres físicos y psicológicos enteramente distintos, es la conquistadora. No es menester citar ejemplos históricos de todas las épocas, bien conocidos por la generalidad de los hombres ilustrados, para comprobar aserciones de esta clase. Y tal es ya, sin excepción, el peligro inminente de todos los Estados americanos de raza latina.

El eminente publicista ruso F. de Martens, en su magnífica obra de Derecho internacional público, al referirse al objeto y a los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874 y de la Conferencia de La Haya de 1889, en la que actuó como delegado de su Gobierno, dirige una formidabe censura a Inglaterra, factor importante y señalado de oposición al buen éxito de las generosas iniciativas pacifistas a que obedeció la convocatoria a esas dos memorables y benéficas Conferencias internacionales. Este autorizado antecedente, enseña que se puede, con criterio noblemente justiciero, hacer la crítica de las labores de una asamblea interuacional de que se ha formado parte, sin faltar a la fidelidad que impone la misión cumplida.

En mi concepto, la Conferencia de Jurisconsultos americanos de Río de Janeiro, no sólo no sirvió la misión trascendentalísima y eminentemente previsora que le incumbía y a que estaba obligada por el Pacto solemne que la creó, perdiendo un momento precioso para unir con perdurables lazos los naturales vínculos de raza, tradiciones y destinos que existen y debían fortalecerse entre la mayoría de los pueblos americanos, e imponiendo a Estados Unidos la consideración de esta liga solidaria de intereses, aspiraciones y fuerzas morales—sino que por obra e influencia de las delegaciones de Chile y de Argentina, desatendió, con gratísima sorpresa de la delegación norteamericana, el brillante trabajo de los códigos de Derecho internacional público y privado, redactados bajo los auspicios del Gobierno del Brasil; trabajo admirable en el que se condensan y plantean las verdaderas reglas de Derecho internacional positivo, con las cuales se resuelve en la esfera de las leyes el magno problema de la existencia en el porvenir de los actuales Estados libres en la América Latina.

Desde los primeros instantes de la Conferencia, se reveló la unión de propósitos entre las delegaciones chilena y argentina, firmando y sosteniendo juntas la moción que frustró de golpe, sin tomarla en cuenta, la notable obra pacifista y libertadora del Brasil; moción apoyada, desde luego, con aplauso por la delegación de Estados Unidos.

Se comprende por lo dicho que la posición del Brasil fué ciertamente muy difícil y de contrariedad. Empeñado de buena fe en su generosa y laudable iniciativa, por una parte, y por otro lado comprometido por ley de cortesía con sus huéspedes y por las direcciones perentorias de la política exterior con sus vecinas del Sur; sin ambiente propicio, abandonado en sus grandiosos ideales por la inmensa mayoría de los Estados latino-americanos representados en la Conferencia, y ante el adversario común contento de su triunfo sin lucha, ¿qué podía hacer el gran país del Barón de Río Branco y de Nabuco? Ceder . . . con la vaga esperanza de mejores tiempos, que acaso no se presentarán jamás.

No escasearon los argumentos en justificación del plan orgánico adoptado. Los contiene, en tesis general, la serie de consideraciones en que se basa la moción, reafirmados después en el dictamen y proyecto elaborados por los miembros escogidos para su correspondiente estudio y composición.

Examinados los razonamientos expuestos, sin prejuicios ni ofuscaciones, se obtiene una conclusión extraña: la de que la asamblea no se había formado un concepto definitivo y categórico acerca de la posibilidad y eficacia de la codificación del Derecho internacional, como si la Junta de Jurisconsultos se hubiese creado para discutir previamente si ella es factible o no lo es, flotando su pensamiento en las nebulosidades estériles de la duda, los temores, los deseos,

las esperanzas, las ficciones y pesimismos en que se estrellan, por incapacidad volitiva, o por premeditado intento, las empresas de concepción y altruismo sublimes.

En síntesis, se dijo: hay que meditar la obra; hay que hacerla perfectamente conforme a las instituciones de cada Estado, conciliando sus intereses, sus prácticas y su espíritu dominantes. Necesitamos adquirir datos para las comparaciones; y la división del trabajo es el método que la prudencia y la cordura aconsejan * * *. ¿No es esto pedir demasiado, tal vez un imposible?

La obra, sin embargo, estaba ya de propósito meditada, y por cierto con profundo conocimiento del Derecho legislado y clara conciencia de la Justicia perseguida. Se había construído en perfecto acuerdo a la sustancia y a los fines superiores de este género de instituciones, el que cuenta hace muchos años con numerosos ejemplares de consulta, tan sabios en su ordenamiento y en su conjunto científico y filosófico que no caben razonables divergencias al respecto.

El Derecho internacional como cuerpo de doctrina, de principios de justicia y equidad, de reglas consagradas por el uso, por la jurisprudencia de las naciones y por autoridad de insignes filósofos y publicistas, ha recibido y recibe aplicación constante en el mundo. No ha existido nunca ni existe hoy un solo gobierno civilizado que no invoque, en sus relaciones mutuas, los principios esenciales de esta ciencia desde que ha podido abrirse dilatado horizonte entre las ciencias jurídicas y políticas modernas. Es indiscutible, por consiguiente, que en el comercio recíproco de los Estados y en la diversidad de sus aspectos, rige un orden de leyes naturales de virtud irresistible, de utilidad infinita y de inevitable imperio. ¿Quién podría negarlo? Ese cuerpo de doctrina, ese conjunto de principios de justicia y equidad, ese orden de leyes naturales, todo eso, reconocido y respetado por la conciencia y la razón humanas como fuente del ser de las colectividades jurídicas constituídas en nación, como atributos morales y de derecho que protegen su estabilidad y desarrollo libres e indefinidos en el tiempo—forman la materia propia y abundante de la codificación del Derecho internacional, bajo la hipótesis de que todas aquellas de sus máximas que reciben culto y acatamiento universales en la costumbre, son susceptibles de elevarse a la categoría de leyes escritas, generadoras de derechos y obligaciones igualitarios y perfectos.

¿Por qué la Conferencia de Jurisconsultos americanos no juzgó con este criterio filosófico la obra jurídica continental que el Brasil ofreció a su examen, estudiándola en su fondo y en su estructura, y decidiendo sobre su aceptación en principio, al menos? Hé allí lo incomprensible, si ha de creerse que la Conferencia se propuso hacer algo provechoso a la consecución de esta idealidad excelsa.

Afirmaron asimismo los jurisconsultos de la Conferencia, que no estaban bien preparados en el estudio de las materias que los citados proyectos de código de Derecho internacional abarcan; careciendo además del tiempo imprescindible para emprender este laborioso trabajo y constituírse, a la vez, en congreso legislador. Esta excusa, suponiéndola justa, no basta por sí sola para la explicación del imprevisto rechazo de la iniciativa brasileña.

Debió, por un motivo de tal especie, procederse en la forma sencilla y pertinente que yo indiqué de modo explícito en mi voto razonado de oposición al método orgánico de trabajo que se acordó. Fuera de que—es mi parecer—una asamblea compuesta de representantes todos profesionales que aceptan una misión en el ramo de su ciencia y de su técnica, y que de antemano adquieren conocimiento de la obra sometida a su juicio y dictamen, no ha podido decir en la hora de su actuación pública: no sé qué es lo que debo hacer.

De mi parte, con el entusiasmo espontáneo que sentí por la obra monumental en que iba a ofrecer el modesto contingente de mis aptitudes como representante de mi Patria, cuyo Gobierno me concedía, con el honor del cargo, libres facultades en consonancia con la elevación de sus aspiraciones, tuve el cuidado de prevenirme haciendo un estudio detenido de los dos proyectos de código distribuídos por el Gobierno del Brasil, dándole preferencia al de Derecho internacional público. Mi atención se fijó en algunas de las principales materias de este notable trabajo, las que estimé incompletas ora en su fondo ora en los términos de su redacción. Sobre las deficiencias de que hago mérito, escribí y arreglé en la forma adaptable al texto original, dieciseis "anotaciones," de las cuales juzgo de sustancia y dignas de prolija consideración las siguientes: Al Artículo 19. "La violación de este principio (de no intervención) dará al Estado ofendido el derecho de reclamar indemnización y reparación por el agravio." Al Artículo 43. "La conquista queda definitivamente proscrita en el continente americano, siendo éste el propio sentido

jurídico de la Doctrina Monroe * * *." Al Artículo 858. "El arbitraje es obligatorio para todas las controversias que originalmente surjan entre los Estados americanos después de la adopción y vigencia de este Código * * *." En seguida debía intercalarse éste: Artículo único. "Toda reclamación pecuniaria entra en el dominio exclusivo del derecho interno, y en ningún caso podrá legítimamente apoyarse con la coacción internacional." Al Artículo 713. En su parte última, en vez del concepto: "Que no se funde en la imposición de penas evidentemente excesivas," este otro: "cualquiera que fuese su fundamento." Y a continuación, como final del capítulo, éste: Artículo único. "Los extranjeros que voluntariamente se mezclan en guerras civiles, pierden por este solo hecho su condición de ciudadanos extranjeros y quedan sujetos a las leyes penales que regularmente se aplican a los nacionales, cualquiera que sea el rigor de dichas leyes, y sin lugar a reclamaciones por parte del Estado de su perdida nacionalidad."

Esas fueron las luminosas y radicales doctrinas, no legisladas en el proyecto brasileño, que de mi propia iniciativa elegí y que me proponía llevar al debate en la Conferencia y sostenerlas con todo el fuego de un espíritu convencido de la virtud de su causa. En mi entendimiento habían madurado esas ideas; estaban ilustradas por la historia política de América en sus períodos y sucesos ingratos, de extraordinaria trascendencia internacional; respondían a fieles intenciones de equilibrio moral y jurídico necesarios en la práctica de las relaciones internacionales; creaban, en fin, un organismo de instituciones eficientes en su individualidad y con encadenamiento científico y de lógica imponderables, pudiendo las unas verificarse por su propia virtud o por consecuente imposición de las otras, y entrar todas en conjunta actividad bienhechora, cimentando una paz digna, continua, sólida y fraternal.

En la incruenta lucha política que ha de librarse por la independencia de las nacionalidades latinoamericanas, conceptúo de capital importancia no perder de vista el objetivo contemplado en las doctrinas políticas y de derecho externo en América que relacioné y resumí en las "anotaciones" atrás reproducidas.

El arbitraje obligatorio en la forma de conciliación que concibo admisible; la conquista, proscrita y relegada del campo del derecho legislado, como acto criminoso; definida la "Doctrina Monroe," como regla conservadora y protectora de los Estados soberanos constituídos en América, según la mente legítima de su proclamación original, doctrina intrínsecamente desnaturalizada por agravios e injusticias irreparables; el principio de la "Doctrina Drago" incorporado en el Derecho de Gentes escrito; las leyes de "neutralidad" cumplidas honradamente como garantía de lo que se estatuye sobre "no intervención," y, al efecto, penado como delito común el filibusterismo, sistema de especulación y escándalo tan funesto para los Estados débiles como frecuente en nuestros días; con el triunfo, que sería inmenso, de aspiraciones semejantes, se habrá edificado en firme, para las relaciones jurídicas y políticas internacionales, el glorioso monumento de la Paz entre las naciones de América, sobre la base de su integridad e independencia en el porvenir."

*

* *

Posteriormente, en marzo de 1914 y por invitación especial de "The Carnegie Endowment for International Peace" con oportunidad de la Tercera Conferencia Internacional de La Haya que debió celebrarse este año, propuse a dicho instituto las materias que estimo de capitalísima trascendencia y de urgente consideración en la obra del pacifismo y del adelanto civilizador a que se consagran en el mundo las más cultas y respetables inteligencias y los corazones más noblemente inspirados.

Porque las juzgo siempre de actualidad e interesantes a los fines superiores que con esta clase de trabajos se persiguen, inserto aquí las proposiciones sustanciales tratadas en mi respuesta a "The Carnegie Endowment for International Peace":

2. ¿Qué puntos deberán ser incluídos en el programa de la Conferencia?

Juzgo—y puedo mencionar—cuatro puntos como de excepcional interés político en las relaciones internacionales de los Estados independientes de América, entre sí, y con el resto del mundo; y de cuya solución favorable depende esencialmente el triunfo completo de los hermosos ideales de paz uni-

versal que la Conferencia persigue con nobilísimo esfuerzo y con admirable espíritu de justicia y de humanidad.

Hélos aquí:

I. Interpretación y declaración del propio sentido jurídico de la "Doctrina Monroe" como regla conservadora y protectora de los Estados soberanos constituídos en América, según la mente legítima de su proclamación original. La fórmula precisa y exacta de interpretación y declaración de esta "Doctrina" como principio de Derecho internacional, consagrado por reconocimiento expreso de todas las naciones civilizadas, no puede ser otra que la siguiente:

"La conquista queda definitivamente proscrita en el continente americano."

La "Doctrina Monroe" ha degenerado hasta convertirse, por toda clase de motivos, en instrumento caprichoso del moderno expansionismo; en amenaza continua de absorción comercial y de predominio político de Estados Unidos en América, con desconcertante menosprecio de sus tradiciones históricas y del honrado ejemplo democrático y de genuino liberalismo de los eximios fundadores de la gran República.

Sería, por consiguiente, incalculable y de inmediata eficacia la influencia benéfica que alcanzaría la proclamación solemne de semejante principio de justicia como regla invariable del Derecho internacional, aplicable a la vida de relaciones exteriores de los Estados libres de América, y como desiderátum de las más altas aspiraciones de paz y de progreso, de consolidación democrática y autonómica de nuestras nacionalidades en el futuro.

II. Aceptación incondicional del principio de la "Doctrina Drago" como regla general y uniforme del Derecho de Gentes; principio contenido en esta fórmula:

"Toda reclamación pecuniaria entra en el dominio exclusivo del derecho interno, y en ningún caso podrá legítimamente apoyarse con la coacción internacional."

Definida la "Doctrina Monroe" como principio del Derecho de Gentes, que proscribe en absoluto la conquista, es decir, la violencia y la fuerza bruta que hieren de muerte los derechos fundamentales y sagrados de los pueblos constituídos en nación libre e independiente, el principio de la "Doctrina Drago" se impone como forzosa consecuencia de aquél. Sin el segundo, el primero no constituiría una base firme en su aplicación internacional como ley de seguridad y defensa de la autonomía de los Estados soberanos. Y ambos principios concurren felizmente y de modo perfecto a dar sólida garantía de vitalidad a los verdaderos derechos fundamentales de los mismos Estados soberanos.

III. Proclamación extensiva del principio de *no intervención*, haciendo desaparecer las *excepciones* admitidas todavía, y con las que se destruye la fuerza misma del principio.

Para cultivar estrecha y fructuosamente las relaciones amistosas entre los Estados que forman la comunidad internacional, sobre el pie de una sincera confianza mutua y de una perfecta igualdad de derechos como personas jurídicas internacionales—no hay, no puede haber otro medio positivo y justo, que el de llevar a una realidad tangible el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales de los Estados en todas las esferas de manifestación de su actividad política interior y exterior. La soberanía e independencia de un Estado, por pequeño y débil que sea; su integridad de territorio; su derecho de conservación personal; su capacidad de obrar, y sus privilegios de igualdad ante el Derecho, son atributos que no deben ni pueden violarse ni menoscabarse en lo más mínimo, directa ni indirectamente, bajo ningún pretexto, dentro de la vida propia del Derecho internacional. Esta es la única, la sola fuerza generativa, la fórmula suprema de la paz universal, del adelanto humano, de la bienhechora armonía entre los pueblos, de un ideal, en fin, de verdad y de

justicia que eleva el pensamiento manteniéndolo en lucha noble y perseverante por conquistar un estado superior de civilización.

Si se proscriben del campo del Derecho la *conquista*, la coacción internacional por reclamos pecuniarios, y, además, las *excepciones* admitidas para el ejercicio de atentatorias *intervenciones* en los negocios interiores de un Estado,—la paz de las naciones libres quedará cimentada sobre bases inconmovibles; poderosamente vinculados sus sentimientos de amistad, y en acción fecunda todas sus fuentes de prosperidad y de grandeza.

Para que las intervenciones directas o indirectas, queden absolutamente desechadas y condenadas en la doctrina del Derecho de Gentes y en las conclusiones de los congresos de paz internacionales, debe—entre otras pertinentes medidas—acordarse y fijarse la responsabilidad de los extranjeros que personalmente se mezclan en los asuntos políticos de otro Estado. Mi dictamen, en este caso, se concreta como sigue:

Los extranjeros que voluntariamente se mezclan en guerras civiles o disensiones políticas, pierden por este solo hecho su condición de extranjeros y quedan sujetos a las leyes penales que regularmente se aplican a los nacionales, cualquiera que sea el rigor de dichas leyes, y sin lugar a reclamaciones por parte del Estado de su perdida nacionalidad.

La historia de América registra una larga serie de sangrientos conflictos políticos interiores y de complicaciones internacionales, unos y otras promovidos principalmente por ciudadanos extranjeros, agitadores por sistema, y ambiciosos incorregibles de especulaciones en alta escala. El ejemplo reciente de Nicaragua, en Centro América, y el actual de México, lo confirman; y enseñan también, con toda evidencia, cómo se practica el designio de *intervenciones indirectas*, por medio de los *capitales particulares*.

Los extranjeros que juegan aventuras políticas—ya exponiendo sus personas, o sólamente sus capitales,—en donde no tienen derecho de inmiscuirse en ellas, sin duda lo hacen porque cuentan—en todo caso de reveses—con la protección franca e interesada de su país de origen. Esta protección que el Estado dispensa, con todo su poder, a sus nacionales después de que ellos han violado gratuitamente los deberes internacionales que les impone su condición de extranjeros respecto de las cuestiones políticas del país que les brinda hospitalidad y les ofrece toda clase de oportunidades para labrarse legítimamente un porvenir económico, o para el establecimiento y desarrollo de sus empresas de negocios, bajo la protección y garantía de sus leyes—no es, en último resultado, sino una forma indirecta—pero efectiva—de intervención, siempre ilícita y funesta como cualquiera otra. ¿Y cómo podría calificarse de otro modo esa extraña forma de intervención de Estados Unidos en México? No vale ella, por cierto, como un fracaso de los más elementales principios del Derecho de Gentes y de la justicia que resplandece en esos principios, y como una crueldad humana, puesto que favorece la prolongación de una tremenda guerra civil hasta hacerla crónica? Tal sucede a vista y paciencia de un gran Poder civilizado; y este gran Poder civilizado se muestra impotente para evitar, en sus propios dominios, las provisiones de materiales de combate y de dinero para los revolucionarios. Un gran Poder civilizado que quiere la paz, pero imponiéndola por intervención directa; y, porque no la consigue por los medios imperativos que emplea, está contribuyendo por una intervención indirecta a mantener la guerra civil con todos sus desastres y calamidades. Contrasentido lamentable!

Es urgente, pues, que los publicistas y los jurisconsultos analicen seriamente los hechos innegables de esa especie; hechos que la conciencia pública, ilustrada y recta en el universo, reprueba como perturbadores de la vida regular y pacífica de los Estados, en sus recíprocas relaciones; y que—en

vista de tan extraordinarias anomalías creadas en el concepto filosófico del Derecho y en la práctica del comercio internacional, por los grandes Estados con grave detrimento de los primordiales intereses de las naciones débiles—mediten y propongan una declaración extensiva del principio de no intervención, en todos sus aspectos posibles, de tal manera que pueda salvarse el principio indiscutible de la igualdad de los Estados ante el Derecho, cuya expresión más clara y autorizada se debe al eminente Summer, al hablar en el Senado de Washington así:

"No conviene hacer a una nación pequeña y débil lo que no haríamos a un pueblo grande y fuerte y lo que no permitiríamos que se hiciese contra nosotros."

IV. Institución del arbitraje obligatorio para todas las controversias internacionales que originalmente surjan entre los Estados después de la adopción y vigencia de este principio como regla fundamental del Derecho de Gentes.

El inmenso prestigio que la idea del arbitraje obligatorio ha alcanzado ya en el concepto de los publicistas y jurisconsultos modernos y la casi uniforme opinión que reina sobre la necesidad de instituirlo jurídicamente como ley de las naciones para solucionar las contiendas de cualquiera índole que entre ellas surjan, por medios enteramente pacíficos y que permitan la aplicación serena del Derecho y realicen los mayores anhelos de justicia en la vida común de los pueblos civilizados—constituyen elocuentísimo argumento para justificar el más vivo deseo de que este número figure entre los primeros del programa de la Tercera Conferencia de la Paz.

Es oportuno observar que los Estados que oponen resistencias al arbitraje como institución obligatoria, sólo demuestran una atención preferente a sus especiales intereses, creados por éxitos de fuerza y todavía pendientes de arreglo satisfactorio y definitivo, sin desconocer la bondad y la excelencia del principio y método arbitrales, que ni siquiera se discuten. Es lógico, entonces, buscar un término de conciliación que pueda salvar las dificultades, alejando inquietudes acaso bastante fundadas, y llevando al ánimo el convencimiento de que nada significan el sacrificio y aun el olvido de los agravios pasados, cuando se trata de prevenir nuevas desgracias y de resguardar más grandes y trascendentales objetos internacionales: la existencia misma y la soberanía absolutas de las naciones menos fuertes.

Las tendencias pacifistas que se manifiestan con celoso empeño y entusiasta fe en el momento actual de nuestra civilización, y que se acreditan por esfuerzos brillantes y generosos, lo mismo en el terreno social y económico que en el de las ciencias jurídicas y políticas—no tienen una síntesis más pura ni un objetivo más claro y substancial, que la síntesis y el objetivo singulares que caracterizan y recomiendan el conjunto de materias comprendidas en los cuatro puntos anteriores, de propósito señalados para el programa de la Tercera Conferencia.

Si la paz es un bien inestimable y necesario para el progreso de la sociedad, para la dicha del hombre y para el perfeccionamiento humano—el enorme obstáculo que impide su establecimiento normal y perpetuo, es el hecho odioso y en boga de la *conquista*, o el constante y posible temor de ella. Los Estados pequeños y débiles viven en eterna zozobra, en incertidumbre penosa, sacrificando estérilmente sus energías y sus preciosos recursos económicos, y retardando su desenvolvimiento educativo y la explotación de sus elementos de riqueza y de prosperidad—porque se sienten obligados a ocuparse en atenciones y preparaciones de legítima defensa contra el espíritu hostil y agresivo de los Estados conquistadores, envanecidos de su potencialidad y codiciosos de un absurdo y bárbaro monopolio de fuerzas en el mundo.

Borrados del código moral y jurídico de las naciones el hecho salvaje de la conquista; la coacción internacional para la cobranza de las deudas públicas,

y las intervenciones, directas o indirectas; y admitido, en forma conciliadora, el arbitraje obligatorio para resolver los conflictos de intereses o de pretensiones que originalmente ocurran en lo futuro—se habrán moderado y reducido a sus límites racionales las inicuas ambiciones de los Estados poderosos, ganándose gloriosamente en el terreno científico y político del Derecho, y por la fuerza incontrastable del pensamiento, la batalla decisiva en favor de la soñada paz del mundo. Y luego, el genio maravilloso del progreso humano podrá batir sus alas en un espacio infinito de libertad y de justicia.

Importa mucho fijar ahora la atención en el hecho muy significativo, de que los elementos sensatos, oficiales y no oficiales, en el continente americano, tienen escasísima o ninguna fe en la utilidad efectiva y práctica de las Conferencias y Congresos pan-americanos como factores influyentes en provecho de vitales y complejos intereses políticos y sociológicos de la inmensa mayoría de los pequeños Estados que participan en esos concursos intelectuales. Y esta fe, debilitada o perdida, se sustituye naturalmente con un impulso de resistencia, poderoso, que crece cada día y va convirtiéndose en corriente excitativa de recelos y temores contra la política imprecisa e incongruente de Norte América, cuyo Gobierno dirige el movimiento pan-americanista en un sentido propio para establecer y asegurar su hegemonía absoluta.

Debe recordarse también que las gestiones pan-americanistas, iniciadas y dirigidas por los estadistas norte-americanos, datan del siglo pasado y cuentan ya unos 25 años de ejercicio por lo menos; y que en este largo período de tiempo se han celebrado cuatro veces las Conferencias, votándose en ellas y suscribiéndose buen número de convenciones sobre diversas materias científicas y de derecho internacional público y privado; materias de poco o ningún valor apreciable como instrumentos de bienestar y de progreso para el mayor número de los países signatarios. Y si este concepto no fuere acertado, dígase ¿cuál ha sido el mérito visible y el resultado práctico de esas convenciones en beneficio—de alguna entidad—de las Repúblicas débiles de América? Bien examinada la situación jurídica internacional en que dichas Repúblicas se encuentran hoy respecto de Estados Unidos, a pesar de las buenas relaciones de amistad que mantuvieron siempre entre sí y que aún existen con toda apariencia de normales, y no obstante los compromisos y acuerdos recíprocos sobre intercambios, vinculaciones y prerrogativas a que se contraen las varias Convenciones concluídas en las Conferencias Panamericanas—no puede menos que admitirse que tal situación jurídica es sencillamente deplorable, imponiéndose la extraña deducción de que en vez de ganar, han perdido sensiblemente aquellas Repúblicas, en el terreno moral y político, descendiendo en la consideración y el respeto a que tienen indisputable derecho como personas en la sociedad de las naciones libres y soberanas.

Hace unos 30 años nunca fueron tan inminentes y apremiantes las tendencias expansionistas de los políticos norteamericanos. Así lo prueban las inexplicables y gratuitas intervenciones en Centro América, determinadamente en Nicaragua; en Colombia, México, Santo Domingo, Puerto Rico, Haití, etc. De suerte que las relaciones cordiales de los pequeños Estados americanos con Norte América, cultivadas y estrechadas en el espacio del derecho, de la ciencia, del comercio y de la política, por medio de Conferencias y Congresos regulares y de carácter fraterno y solidariamente pacifista, han producido resultados, más que estériles, negativos y funestísimos a la existencia futura de los mismos Estados; encontrándose éstos, en el transcurso de un cuarto de siglo y por virtud de su ciega confianza en un amigo poderoso, al borde de un abismo; obligados a precaverse del peligro de males irremediables, y haciendo frente al siniestro amago en lucha briosa y tenaz de patriotismo que arrebata y sugestiona a la voz de alerta, renueva y acumula fuerzas, abre

el corazón a los impulsos heroicos y prepara y habilita los pueblos para su defensa, por derecho de conservación, contra todas las eventualidades de la conquista, nada remota si se atiende a la índole peculiar de reveladores acontecimientos de que son testigos las actuales generaciones americanas. ¿Es concebible un estado de cosas semejante en países hospitalarios con exceso, adscritos a los grupos civilizados de primera línea en el mundo por su altruismo y por su obra de adelanto y de cultura realizada en la esfera del pensamiento y del trabajo?

Además de las Conferencias Panamericanas establecidas, existe la Comisión Internacional de Jurisconsultos que la Tercera Conferencia creó con un propósito definido, de elevada trascendencia y práctico. Pero el éxito desfavorable de esta nueva fundación pan-americana, en su primera asamblea oficial de Río de Janeiro, contribuye a acentuar las dudas y los descontentos, despertando generales y hondos sentimientos de crítica y de oposición a las instituciones de este género, simplemente decorativas, gravosísimas al tesoro público, sin iniciativa ni orientación independientes y cuyas labores conocidas son nulas cuando no perjudiciales a las legítimas ambiciones del grupo más numeroso de Estados americanos.

Con precedentes faltos de importancia como los que dejo expuestos, desmaya el ánimo más devoto de los ideales pan-americanistas. Pensar otra cosa sería ilógico. ¿Qué posibles ilusiones podrían lisonjearnos, qué fundadas esperanzas podríamos abrigar en la obra que incumbe y que persigue el Segundo Congreso Científico Panamericano? ¿Qué triunfos, qué fundaciones de influencia positiva en el mundo americano llevó a feliz coronamiento en su primera reunión, en cada uno de los asuntos que abarca su extenso programa; y cuáles cree alcanzar en la segunda y en las posteriores? ¿De qué medios y recursos oficiales podría apoderarse y valerse para que sus gestiones pan-americanistas conquistasen la confianza y la fe primitivas en estos brillantes ideales, adquiriendo de nuevo sus prestigios en la conciencia y en la mente de los hombres ilustrados de América? Hé aquí las dificultades con que tropezarán en adelante todas las asambleas internacionales de esta clase. Para vencerlas, sería menester que la política interventora de Estados Unidos cesase, sellando con un acto ejemplar, justo y de evidente calidad persuasiva, la modificación perfecta y tangible de sus procedimientos lesivos de los derechos de soberanía y de igualdad internacionales y que aplica a los débiles países de América.

Como forzosa consecuencia de las ilegales intervenciones de Estados Unidos en los negocios privativos de las impotentes Repúblicas americanas, ha comenzado a reproducirse la idea salvadora de unidad defensiva entre los pueblos latinos; idea que, en 1822, concibió e inició el Presidente de Colombia, acogida y apoyada más tarde, en 1826, por el Libertador Bolívar—cuyo fracaso se debió en gran parte a los Estados Unidos;—de nuevo proyectada y propuesta por México en 1831 y en 1840; y, todavía pretendida después, en diversas fechas—1847, 1856 y 1864—antes de la fundación y celebración de las Conferencias Panamericanas.

Justifican de sobra esta prudente actitud de la mentalidad y del patriotismo en la América Latina, la adopción y el empleo sistemático, por Estados Unidos, de métodos violentos inexcusables en su política exterior de intervenciones americanas; la ineficacia manifiesta de los pactos celebrados y en vigencia; y, en fin, la falta de libertad para los representantes de los pequeños Estados americanos en las Conferencias y Congresos pan-americanistas, cuyos programas se componen y arreglan sin la colaboración de todos, reservándose, en el hecho al menos, casi por completo, tan importante tarea a la iniciativa e influjo de las comisiones oficiales organizadas por el Gobierno norteamericano. En tales condiciones, dichos programas responden con preferencia notoria

al pensamiento y a las miras internacionales de Estados Unidos, con desconocimiento y prescindencia de los asuntos que interesan y afectan sustancialmente la vida y el porvenir de gran número de los países americanos.

Los pequeños Estados americanos tienen, pues, el deber y la necesidad de prevenirse procurándose los medios y los recursos que garanticen el respeto y la inviolabilidad de su independencia, de su self government, del "derecho absoluto que pertenece a cada Estado soberano a no tolerar y a impedir que en el territorio sometido a su soberanía se ejerza ningún acto ni se consume ningún hecho, de cualquier naturaleza que sea, que directa o indirectamente implique o pueda implicar el ejercicio de la pública autoridad, del imperio, de la jurisdicción por parte de una soberanía extranjera."

Como es universalmente sabido y como puede fácilmente comprenderse, una de las causas de molestias y de conflictos internacionales constantes entre las Repúblicas latinas y la sajona, proviene del mal uso que ciudadanos y súbditos extranjeros hacen ingratamente de la liberalísima hospitalidad de que disfrutan en aquellas pequeñas Repúblicas; contándose, en primera línea, los norteamericanos y los europeos que, por razones de conveniencia, se han naturalizado en Estados Unidos. Esta conducta nociva y amenazadora, cuando no criminal, de extranjeros ciudadanos de Norte América, se reputa tanto más odiosa y condenable cuanto que figura esta República, con la Gran Bretaña y Francia, entre las naciones "cuyas leyes se han mostrado y siguen siendo más severas y hasta hostiles con los extranjeros, imponiéndoles con extremada dureza una condición estrecha y violenta."

Son muchas las leyes norteamericanas dictadas contra los extranjeros cuya característica es un exagerado espíritu egoísta e inhospitalario; y aunque no es mi deseo hacer aquí los comentarios que esas leyes consienten y merecen—cabe, sin embargo, consignar una protesta contra tendencias políticas arbitrarias y absorbentes—de un sentido enteramente opuesto al de la citada legislación—en favor de extranjeros ciudadanos de Estados Unidos.

Las Repúblicas latino-americanas son acreedoras, por muchos títulos, a que se les considere en el número de los pueblos civilizados de la tierra. Sus leyes tan avanzadas, otorgan al extranjero todas las ventajas apetecibles, quizás con extralimitacion de lo que pudiera convenir a los supremos intereses nacionales; y, en cambio de sus liberales concesiones, apenas exigen del extranjero: trabajo, conducta honorable y abstención en los asuntos de la política y la administración local. Ahora bien, si se da hospitalidad generosamente al extranjero, hay derecho a esperar digna y justa recompensa. Pero de ninguna manera ha de tolerarse que un poder extraño, por ley de fuerza nada más, menoscabe los derechos de personalidad y de igualdad de las naciones que no disponen de elementos materiales defensivos, ingiriéndose en los negocios de ajena competencia, ya sea con pretexto de reclamaciones o por móviles de otra especie. Conforme al derecho común de las naciones, es ilícita y atentatoria cualquiera ingerencia de un Estado en los asuntos de otro, y toda pretensión "que tenga por objeto obtener para los ciudadanos residentes en el Estado extranjero una posición privilegiada."

No han faltado hombres públicos, en Estados Unidos, sinceros y de rectitud moral, con buena voluntad para sostener los principios del verdadero gobierno democrático, y para dirigir amargas y concluyentes críticas a la política de expansión y dominación que han desarrollado sus estadistas ambiciosos, causando la inquietud en todos los pueblos del continente. Gobernantes hubo que condenaron el imperialismo y castigaron los actos de transgresión de las leyes internacionales. Bastante conocida es la enérgica y honrada proclama del Presidente Mr. Taylor, dirigida, en 1849, contra el filibusterismo yanqui.

En esa memorable proclama el Presidente Mr. Taylor "prevenía a todos los ciudadanos de la Unión que tomasen parte en empresas expedicionarias, violando las leyes y tratados, que quedarían sujetos a las penas impuestas por el Congreso, y que no debían esperar apoyo ni protección alguna de su Gobierno, cualquiera que fuese el extremo a que se viesen reducidos a consecuencia de su conducta," "pues una empresa que tiene por objeto invadir el territorio de una nación amiga, y que se organiza dentro de los mismos límites de la Unión, es criminal en el más alto grado y tiende a turbar la paz del país, comprometiendo el honor de la nación."

En estos mismos instantes y con motivo de horribles incidentes de la guerra de submarinos alemanes, practicada con desprecio de los principios y las reglas comunes del derecho y de los pactos internacionales, y con escarnio de los sagrados fueros de la Humanidad, sacrificando vidas inocentes de todas las nacionalidades y destruyendo la propiedad privada y perjudicando el comercio de países neutrales; en estos mismos instantes y en presencia de las quejas de Estados Unidos contra Alemania por la pérdida de vidas de ciudadanos norteamericanos—el ex-Secretario de Estado Mr. William Jennings Bryan se expresa afirmando que tales hechos no deben juzgarse como un ataque de Alemania contra Estados Unidos ni constituyen una ofensa bastante grave y de naturaleza que exija reparaciones por medio de las armas; que los individuos perjudicados han corrido, por su propia cuenta, el riesgo de un desastre al embarcarse voluntariamente y a sabiendas, en las naves expuestas a los ataques de la marina alemana; y excita a la prensa de su país para que trabaje con el fin de ilustrar la opinión pública en ese sentido, calmando las pasiones exaltadas y evitándose el doloroso sacrificio de una guerra sangrienta.

Es claro que se razona bien bajo la amenaza de un adversario potente y audaz. El temor de un golpe mortal, equilibra las facultades, contiene el espíritu engreído y aventurero, da libre paso a la fría lógica, a la doctrina, a la fórmula positiva del derecho y de la justicia. Alemania impone a Estados Unidos un temperamento jurídico racional.

Otra cosa muy distinta ocurriría si de los mismos o parecidos hechos fuese responsable alguna de las Repúblicas latinoamericanas. Seguramente en este caso la controversia diplomática no se habría sostenido en el tono mesurado y conciliador que distingue las notas del Gobierno reclamante; ni el debate se habría prolongado hasta encontrar los medios decorosos de amigable avenimiento. A Centro América, a Colombia, a México, etc., se les habla en lenguaje arrogante y conminatorio. La diplomacia no discute; notifica y cobra. Cuando se trata de establecer una estación naval, por ejemplo, en alguna parte de ajeno dominio, entonces se lleva y somete el negocio a conocimiento y resolución del Senado norteamericano, lo mismo que si fuese un objeto comprendido en los límites jurisdiccionales de la Federación.

Y allí está el mal originariamente, y el escollo inevitable de las gestiones pacifistas en América.

¿Cómo salvarlos?

En el campo de la teoría y la doctrina del derecho, atendiendo con buena voluntad, alteza de miras y leal empeño, a la realización de los acuerdos tomados y suscritos en forma de Convenciones por las Conferencias Panamericanas; procediendo sin vacilaciones ni demoras a la codificación del derecho internacional público y privado en América, según el plan concebido y preparado por el Gobierno del Brasil, y por medio de la Comisión Internacional de Jurisconsultos, creada ad hoc como cuerpo legislador; celebrando sobre los mismos temas del derecho, tratados y pactos internacionales en los que, como ya lo he dicho en solemne ocasión, se convierta la doctrina en precepto, los deberes en obligaciones, el derecho abstracto en derecho positivo,

asentándose la obra jurídica de los pueblos sobre bases firmes de equidad y de justicia como las normas invariables y permanentes de mutuas relaciones entre los Estados soberanos, sin absurdos miramientos de mayor o menor potencialidad.

Para una obra política de tan gigantescas proporciones en América, no hace falta sino el deseo ferviente y el concurso decidido de Estados Unidos; que esta gran República quisiera una victoria excelsa del pensamiento y del derecho en el nuevo mundo, gloriosa y benéfica para los grandes y los pequeños Estados independientes; y que, en todo tiempo y circunstancias, se consultasen y se protegiesen, en el ejercicio de la vida exterior americana, las justas aspiraciones y conveniencias de la comunidad, actuándose con criterio sano e imparcial, desechándose las exclusiones caprichosas y perturbadoras, y abandonando los viciados y tradicionales sistemas de la fuerza bruta.

La terrible lección que la Humanidad recibe en esta hora luctuosa de la catástrofe, del salvaje espectáculo de una guerra de odio y de egoísmo en Europa, conmueve y consterna. Todo se derrumba al empuje de furioso huracán o aniquilado por diabólica conflagración; todo perece abrasado por el fuego, destrozado por el plomo o por el veneno; todo es cataclismo! ¿Se ha desbordado la demencia, el delirio infernal de la humana locura? ¿Agoniza, tal vez, la soberbia y la vanidad del hombre entre la negra humareda del incendio, los ayes desgarradores de las víctimas y el vaho denso de sangre inocente y pura? * * * Tal es el árbol y tales son los frutos del imperialismo!

Los pueblos de América, con Estados Unidos a la cabeza, deben escuchar el llamamiento hacia el orden y la justicia, hacia el honor y la ley, hacia el derecho y la paz; llamamiento piadoso de la conciencia humana espantada y confundida ante la maldita ola del crimen que envuelve y desquicia el mundo. Urge edificar sólidamente con los buenos materiales de la civilización, rectificando pasados errores, reparando graves faltas cometidas, prosiguiendo la jornada de los siglos hasta escalar las cumbres del progreso y del bien, guiados por la luz de la razón y del amor, en pleno día, por el camino amplio, y nunca más por el atajo, en la tiniebla y con el arma al brazo.

La notable proclama del insigne Presidente Mr. Taylor, y la serena lógica con que, tratándose de Alemania, razona el ex-Secretario de Estado Mr. Bryan, son elocuentísimos testimonios que ponen de relieve y demuestran con axiomática eficiencia, la indispensable necesidad de combatir a muerte los gérmenes activos y morbosos del filibusterismo y de las intervenciones directas o indirectas, practicadas con deliberados intentos de expansión territorial y predominio económico.

Y mientras tanto la gran República de Jorge Washington, no rompa los moldes de su vieja política, variando de frente en su marcha triunfal hacia el porvenir, y consagrando de lleno sus inmensas energías morales y sus inagotables fuerzas materiales a la ejecución de la magna obra jurídica de paz y de libertad en América, ideal humano justísimo y superior, simiente que germinará y dará el soñado milagro de la civilización por virtud de la equidad y del amor entre los hombres y los pueblos; mientras no se corten de raíz métodos culpables de fraude y de especulación consentidos y aprovechados en la política oficial expansionista e imperialista—la grandiosa idea de la paz y de la fraternidad entre los Estados americanos no pasará de ser una bella fantasía, reducida a número de programas, y en vano acariciada en conferencias y congresos pan-americanistas, cuyas labores abstractas, distraen, entretienen y, lo que es peor, favorecen la gestación de secretos y fatales designios.

ACTITUD DE LOS PAÍSES AMERICANOS HACIA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS DISPUTAS INTERNACIONALES.

Por BENITO JAVIER PÉREZ-VERDÍA,

Ex-Secretario de la Legación de México en Guatemala.

Desde que el genio del almirante inmortal descubrió la tierra prodigiosa que ajena a la civilización durmió durante siglos bajo la sombra gigante de sus volcanes, Europa ha vuelto los ojos repetidas veces hacia la América, ora para envidiarla sus riquezas, ora para aprender de ella lecciones que nunca pudo recibir en su ambiente saturado de pasiones y de odios seculares, poco propicio al desarrollo de los grandes ideales en razón de la carga de errores y tradiciones inveteradas que dejó en ella el paso de los siglos como inevitable sedimento.

No fué sólo en esa vez, cuando Colón abrió un nuevo derrotero y tras de sus tres históricos barquichuelos pobláronse los mares con las velas de los buques que arribaban a la tierra inexplotada repletos de emigrantes—aventureros y colonos, conquistadores y misioneros, ambiciosos y apóstoles—ávidos todos de gozar las primicias de aquel suelo virgen y maravilloso, no fué sólo entonces la única ocasión en que el Nuevo Continente tuvo el privilegio de encauzar los destinos de la humanidad por un nuevo sendero, aportando elementos desconocidos y gérmenes rebosantes de vida a las gastadas civilizaciones de Europa.

Tres siglos después de su dominación, surge la América transformada ya, resuelta a conquistar su libertad a costa de los más grandes sacrificios, consciente de su derecho para pretender su autonomía; brotan millares de soldados a defender esa causa y caen también por millares las víctimas; pero bajo la bandera de la Libertad, que se enarbola desde las riberas del Delaware hasta las cimas meridionales de los Andes, siempre se agrupan los pueblos ávidos de recibir con el bautismo de sangre, el derecho sagrado de poseer una propia y bendita nacionalidad. Años y más años de luchas y de penalidades, vidas preciosas de héroes, esfuerzos titánicos hechos por caudillos que no desmayaron ante la tarea de redimir sus patrias, etapas heroicas, toda esa serie de acontecimientos, de ideales, de sacrificios, de lágrimas y de majestad augusta de epopeya, tuvo al fin su recompensa; y América, cubierta de gloria, bañada en sangre, y segura de alcanzar el porvenir que la esperaba, surgió a la vida de los pueblos libres, ondearon las banderas de los distintos Estados soberanos como emblemas de su flamante nacionalidad sin encontrar ya rivales en territori autónomo, y los sueños de Wáshington, de Bolívar, de San Martin de Morelos y de Hidalgo cristalizaron al fin en la libertad de las Américas.

Fué entonces cuando Europa dióse cuenta no sólo del nacimiento de aquellas nuevas entidades, sino de la influencia que la Guerra de Independencia de las colonias americanas había ejercido sobre élla, y principalmente sobre los pueblos sometidos al yugo de las naciones fuertes. La idea de libertad tuvo su más bello triunfo en América y su éxito al repercutir, fué suficientemente poderoso para conmover la organización política del Viejo Mundo, y para llegar a constituir uno de los más sólidos fundamentos históricos del "*Principio jurídico de las nacionalidades.*" [1]

[1] "La nacionalidad es el sello de la raza, el suelo, el clima y el idioma, que poco a poco se imprime para ir formando agrupamientos sobre los cuales deben venir ciertas leyes que rijan sus destinos; y esta doctrina discutida en las aulas, esta doctrina que haya nacido como lo ha creído algún filósofo jurisconsulto debido a las evoluciones religiosas, o como lo pretende Mme. Stael, o mejor dicho, el sabio profesor de San Petersburgo Martens, debido a la obra de Mme. Stael sobre la nacionalidad, donde la célebre hija de Necker acumula con mano maestra todos los detalles del feudalismo, para presentar a la Alemania dividida entonces en tantas fracciones, como un principio homogéneo propio para formar una gran patria, o como otros lo quieren por la Revolución Francesa procurando la fraternidad universal de la humanidad, *o por el movimiento de emancipación de las Américas,*

El ejemplo de los pueblos americanos, el éxito de su empresa en la cual invirtieron una década inmortal, la justicia de su causa y la heroicidad con que la llevaron a cabo, avivaron y fortalecieron del otro lado de los mares, en las naciones sometidas a yugos extraños sus anhelos legítimos de autonomía, y contribuyeron—en una parte que aún no ha sido aquilatada con la debida justicia—al movimiento nacionalista que dió por resultado entre otros muchos la separación de la Bélgica de Holanda, la independencia de Grecia, el rompimiento del yugo muslímico en las regiones orientales de Europa[1] y la gloriosa campaña política y militar que tuvo por epílogo la unificación de la Italia.[2]

sea lo que fuere, esta doctrina sobre la nacionalidad, en la Argentina precisamente es donde está demostrándose de una manera práctica, porque estos pueblos nuevos, creciendo bajo la influencia de ideas modernas, y de un amor grande al progreso, se acrecientan día a día por la inmigración y este aumento de población constante, lejos de ser un peligro, se adapta prontamente al medio y hace nacer esa noción de patria que en poco tiempo convierte a los extranjeros en nacionales, y hace a todos hermanos." (Conferencia dada en el mes de julio de 1910 en la Cátedra de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, por el Lic. Luis Pérez-Verdía, atendiendo a la invitación del Sr. Dr. D. Estanislao S. Zeballos, distinguido profesor de Derecho Internacional de la facultad mencionada.)

Luis Pérez-Verdía, Compendio de Derecho Internacional Privado. 1908. Guadalajara Escuela de Artes del Estado.

[1] Bonfils, Manuel de Droit International Public.

[2] There were, however, signs that the doctrine of nationalities was not extinct, and there were movements in this direction which excited hopes that were not fully justified by the events. The enthusiasm evoked by the emancipation of Greece, by the revolt of the Spanish colonies in America and by the foreign policy of Canning marks the turn of the stream, and the French Revolution of 1830 kindled a democratic and nationalist movement in many countries much like that which accompanied the revolution of 1848. There were insurrections or agitations in many of the States of Italy, in Germany, Denmark, Poland, Hungary, Belgium, and Brazil. Most of them were speedily suppressed. Russia crushed with merciless severity insurrections in Poland. An Austrian Army put down revolt in the Pontifical States. In Germany and Austria and Italy politics soon moved along the old grooves, and the spirit of reaction was triumphant; but the separation of Belgium from Holland marked a great step in the direction of the rights of nationalities; the government of France now rested on a parliamentary basis; popular institutions were introduced into Denmark; the aristocratic cantons of Switzerland were transformed and the Reform Bill of 1832 placed English politics on a more democratic basis.

Neither Louis Philippe nor Lord Palmerton desired to propagate revolution, and their alliance was chequered and broken by many dissensions; but on the whole it served the cause of liberty in Europe and still more the cause of nonintervention."

Existieron ciertas indicaciones sin embargo de que la doctrina de las nacionalidades no había muerto, y se verificaron en ese sentido ciertos movimientos que produjeron esperanzas no justificadas plenamente por los acontecimientos. El entusiasmo despertado por la emancipación de Grecia, por *la rebelión de las colonias españolas en América* y por la política exterior de Canning, marca el punto donde se invierte la corriente y la Revolución Francesa de 1830 avivó el movimiento democrático y nacionalista en muchos países, el cual se asemejaba en gran parte al que acompañó la revolución de 1848. Se produjeron insurrecciones o agitaciones en muchos de los Estados de Italia, en Alemania, Dinamarca, Polonia, Hungría, Bélgica y Brasil. Se suprimieron rápidamente la mayor parte de ellas. Rusia dominó los levantamientos de Polonia con severidad implacable. Un ejército austriaco sofocó la revuelta en los Estados Pontificios. En Alemania, en Austria y en Italia la política pronto siguió sus cauces primitivos y triunfó el espíritu de reacción; pero la separación de Bélgica de Holanda, señaló un gran adelanto en la tendencia de los derechos de las nacionalidades; el gobierno de Francia descansó sobre bases parlamentarias; se introdujeron en Dinamarca instituciones populares; en Suiza se transformaron los cantones aristocráticos y el Proyecto de Ley de 1832 estableció el sistema político de Inglaterra sobre bases más democráticas.

Ni Luis Felipe ni Lord Palmerton desearon propagar la revolución y su alianza fué perturbada y hasta rota por muchas disensiones; pero en su conjunto sirvió la causa de la libertad en Europa y aun más la causa de la no-intervención."

W. E. H. Lecky, Democracy and Liberty, etc. New York 1889, págs. 473 y 474. Obra citada por el Dr. Estanislao S. Zeballos en su libro "La Nationalité." Tomo I, pág. 168.

Hoy sin embargo se presenta a América por virtud de las circunstancias, una oportunidad grandiosa para influir aún más favorable y justicieramente en el mejoramiento de los destinos de la Humanidad. Con su descubrimiento abrió un campo riquísimo y fértil a la civilización, con su independencia hizo avanzar un gran paso a la causa de la libertad de los pueblos; ahora por su espíritu, por sus ideales, por su amor a la paz y por su aislamiento de la espantosa catástrofe que devora la desgarrada Europa, tiene en sus manos la misión no sólo de convertirse en el paladín de las conquistas hechas a costa de tantos esfuerzos y sacrificios por el Derecho Internacional, sino de ser ella la que impulse el desenvolvimiento de esta ciencia y persiga con más ardor el triunfo de sus grandes ideales, entre los cuales ninguno más alto, más trascendental y más anhelado que el Arbitraje como un medio de prevenir y de solucionar los conflictos internacionales.

América ha aceptado el Arbitraje como principio jurídico y lo ha practicado en multitud de casos, lo predica en sus aulas y lo lleva a cabo en sus Cancillerías por medio de Tratados en los cuales el arbitraje ha encontrado cabida como un lazo de confraternidad entre pueblos y como una prevención contra la más grande de las calamidades que azotan a la humanidad.[1]

El arbitraje se encuentra sin embargo en su período evolutivo y es susceptible de inmenso desarrollo. Penetra apenas en el dominio de la legislación y toma cuerpo en nuestras instituciones; se le limita con restricciones que antes eran numerosas y hoy se han reducido mucho sin embargo, y se le tiene por inefectivo en virtud de que no han sido creados aún los órganos suplementarios que requiere esa institución para su funcionamiento y para alcanzar su más amplio desarrollo.[2]

Su excelencia está ya grabada indeleblemente en el ánimo de la humanidad; pero su practicabilidad deja mucho que desear, porque las ideas que entrañan una reforma trascendental se filtran con mucha lentitud en las costumbres y vienen a ser realidades después de superar enormes obstáculos, cuando han parecido destinadas irremisiblemente a naufragar en el abismo de la ambición y el egoismo no sólo de los hombres, sino lo que es peor de la ambición y el egoismo de las naciones que estatuyen los hombres.[3]

Así sucede de manera especial con la idea del arbitraje: los acontecimientos actuales parecen probar su ineficacia, demostrando con la realidad desnuda y

[1] Dr. Francisco Urrutia. "La Evolución del Arbitraje en América," trabajo presentado al Primer Congreso Científico Panamericano, reunido en Santiago, Chile, 1908. Gonzalo de Quesada. "Latin-American Arbitration."

[2] Uno de los adversarios más decididos del arbitraje obligatorio, el Dr. Luis Orreco Luco, dice sin embargo en su libro, "Los problemas internacionales de Chile," 1901): "El arbitraje es la institución jurídica del orden más alto de civilización humana. * * * A medida que la civilización se extienda y se dilate la fuerza de la instrucción y de la cultura moral; a medida que las preocupaciones y pasiones nacionales se debilitan, y el dominio de la ciencia y de los principios razonados aumenta; a medida que la legislación se refunde en los diversos países, amoldándose a instituciones y modos de sentir análogos; a medida que la fuerza de las grandes nacionalidades se equilibra, crece y se desarrolla la fuerza y el valor del arbitraje.

[3] Es oportuno citar aquí un párrafo elocuente de un libro de actualidad: "La última guerra. Estudio de las cosas actuales y de las futuras":

"But I do not see how anyone can fail to realize that the political order on which Europe has been built has proved utterly worthless. It carried in its hands the seeds of this awful catastrophe and is powerless to prevent such cataclysms occurring at any time. It is based on force; it lives by aggression; it emphasizes national rights, never national duties; it centers the national policy in the hands of a few so that the people do not know what is going on, and these few plunge the nations into war

"Pero no veo como pueda alguien dejar de comprender que el orden político sobre el cual se asentaba Europa ha demostrado ser completamente despreciable. Llevaba en sus manos la semilla de esta catástrofe espantosa y es impotente para impedir que se repitan esos cataclismos en cualquiera época. Tiene la fuerza por base, vive de la agresión, hace hincapié en los derechos, pero jamás en los deberes nacionales; coloca en las manos de un grupo la política nacional de manera que el pueblo

bárbara que es una utopía pretender encadenar definitivamente la fuerza bruta—en su más *perfecta* expresión—ante los fueros de la justicia, en la suprema forma de justicia internacional; la desilusión se ha apoderado del espíritu al ver el fracaso del orden político y social que gobernaba el mundo. Los principios han sido arrollados, violadas las leyes, desconocidos los elementos más rudimentarios del derecho. La guerra asuela Europa hiriendo por repercusión a las naciones que pueden hasta ahora mantenerse neutrales en el conflicto. El desastre que se había creído poder evitar ha estallado con más violencia que nunca. El torrente arrolla cuanto encuentra a su paso y en el formidable "maelstrom" se sumergen nuevas nacionalidades, más pueblos y millares más de víctimas del orden de cosas actual, y el mar de lágrimas y de sangre inocente y sana crece constantemente y parece en su furia que amenaza sepultar al convertirse en océano, al universo aterrado ante la inenarrable tragedia que contempla.

Sin embargo, aplicando el concepto anterior a la situación actual de Europa, vemos que en la misma monstruosidad y horror que ofrece, está implícitamente comprendida la causa segura de un cambio radical en los sistemas políticos y en la organización y regímenes de las diversas naciones de allende los mares.[1]

---

without consulting the people; all its diplomacy is secret and circuitous; it offers no real chance of national expression; it breeds suspicion and distrust between nations; and, finally, it is keyed up to war and not to peace."

"The Last War. A study of things present and things to come."—Frederick Lynch.

ignora lo que acontece, y esos pocos lanzan a las naciones a la guerra sin consultar al pueblo; su diplomacia es secreta y torcida, no ofrece de ningún modo oportunidad para la expresión de la voluntad nacional; fomenta el recelo y la desconfianza entre las naciones y finalmente está abocada hacia la guerra y no hacia la paz."

"La última guerra. Un estudio de las cosas presentes y de las futuras." Federico Lynch.

[1] "Whoever fights in this war in the front ranks, whoever realizes all the misery and unspeakable wretchedness caused by a modern war * * * will unavoidably arrive at the conviction, if he had not acquired it earlier, that mankind must find a way of overcoming war. It is not true that eternal peace is a dream and not a beautiful one at that. A time will and must arrive which will no longer know war, and this time will mark a gigantic progress in comparison with our own. *

Just as human morality has overcome the war of all against all; just as the individual had to accustom himself to seek redress of his grievances at the hands of the State, after blood feuds and duels had been banished by civil peace, so in their development will the nations discover ways and means to settle budding conflicts, not by means of wars but in some other regulated fashion, irrespective of what each of us individually may think."

"Quienquiera que en esta guerra vaya a pelear al frente de batalla, quienquiera que comprenda toda la miseria y las indecibles desdichas causadas por una guerra moderna * * * llegará inevitablemente a la conclusión, si no la había adquirido antes, de que la humanidad debe encontrar un medio para triunfar de la guerra. No es cierto que una paz perpetua es un sueño y no un sueño hermoso. Una época tiene que llegar y llegará en la cual no exista ya la guerra, y esta época determinará un progreso gigantesco en comparación con la nuestra.

Así como la moral humana ha logrado suprimir la guerra de todos contra todos; así como el individuo no tenía la costumbre de buscar la reparación de sus agravios recurriendo al Estado, después de que se habían abolido por la paz los feudos sangrientos y los duelos, así en su desarrollo descubrirán las naciones métodos y medios para resolver los conflictos incipientes, no por medio de guerras, sino de alguna otra manera regularizada, sin tener en cuenta lo que cada uno de nosotros pueda pensar individualmente."

Baron Marschall von Bienberstein. (Párrafo citado en "The Daily News" de fecha 2 de enero de 1915, tomado de una carta que apareció en el periódico "Berliner Tageblatt" del 24 de diciembre de 1914. La carta fué escrita en octubre 18 en el frente de batalla, en las trincheras, siendo su autor capitán de las Reservas y "Landrat" Prusiano, e hijo del Embajador Alemán en Gran Bretaña. Poco tiempo después murió en el campo de batalla.

"The wider outlook beyond the world war," by Charles E. Hooper, Londres, 1915.

Hoy es el período de lucha, de pasión, de sacrificios inverosímiles para conseguir el triunfo. No es el momento en que la Humanidad reflexiona sino en que la exaltación de las pasiones reina. Mañana sobre el montón de cadáveres hacinados en torno de humeantes ruinas, llegará el instante de pensar, y entonces comprenderán no sólo los vencidos sino aun los vencedores, que el resultado obtenido quedó muy lejos de compensar su costo, y que la humanidad debe orientarse por nuevos rumbos, abrir nuevos derroteros, ampliar ideas apenas ensayadas y buscar miras más altas y humanitarias de las que hasta aquí se han tenido presentes, evitando a todo trance la repetición de la catástrofe que ha destrozado de un golpe los ideales de moralidad y de justicia por los cuales el mundo ha venido luchando a través de las edades, y que renacerán sin embargo después de la tragedia con más vigor, abonados por la sangre que se ha vertido como consecuencia de su desconocimiento.

En esa reconstrucción es precisamente donde desempeñará América su principal papel; sin odios, sin pasiones exacerbadas, sin rencores, sin amargos recuerdos de una crudelísima campaña, sin que ciegue su espíritu la nube de venganza que flotará mucho tiempo sobre la Europa destrozada,[1] será la única que podrá laborar eficazmente por la paz, por la conciliación, por la fraternidad universales. Ha sido una lección para las potencias europeas el que los países americanos se conserven en paz y que el Nuevo Continente presente un contraste tan señalado con la conflagración que devora el resto del mundo, y fortalezca los lazos constituidos por sus tratados de arbitraje y los aumente de día en día creando así nuevos vínculos hasta llegar a formar un tejido sólido que sea la garantía mejor de la harmonía internacional en el suelo americano. Ese ejemplo atraerá lentamente a las naciones europeas al seno de la comunidad universal de los pueblos cuya constitución ha sido rota por la guerra y tardará mucho tiempo en restaurarse, olvidándose los horrores que se verifican hoy en el amplio escenario que se extiende desde las montañas del Argonne hasta los desfiladeros del Cáucaso y desde las costas del Mar del Norte hasta los desiertos del Egipto y las playas orientales sobre las cuales se asienta como una gema codiciada la histórica Estambul.

Examinemos ligeramente la evolución sufrida por el arbitraje, su naturaleza, los progresos que ha alcanzado en los últimos años, los problemas que se relacionan con él y las transformaciones de que es susceptible para realizar el fin a que está destinado para beneficio de la Humanidad.

No es nuestro deseo hacer un estudio histórico de la institución del arbitraje, ni en sus orígenes que se señalan generalmente en Grecia, excepto casos aislados que acaecieron en los pueblos de la antigüedad, ni en su empleo

[1] Contuzzi.—Derecho Internacional Privado. En la América Meridional no existen aquellas rivalidades políticas que persisten en Europa y que constituyen un obstáculo insuperable al progreso del derecho internacional. Citado por el Dr. Joaquín V. Gonzáles. "La Argentina y sus Amigos."

En América el problema es diferente: aunque pueden existir rivalidades, divergencias de propósitos y de destinos individuales, la historia de esas naciones de Sud América no ha permitido todavía en el corto trayecto recorrido crear causas de verdaderos antagonismos, motivos inmutables de disconformidades o divergencias, de esas divisiones que solamente los siglos han podido crear entre las nacionalidades antiguas.

Los pueblos de América por lo demás no tienen las razones de los de Europa para resolver los problemas internacionales de idéntica manera. Allí la misma antigüedad de su historia, la superpoblación, las crisis orgánicas de orden social y tantas otras causas, determinan fenómenos que en América o no son conocidos, o se conocen al través de largas distancias. Dr. Joaquín V. Gonzáles. "La Argentina y sus Amigos." Discursos sobre política internacional. Librería Nacional, Buenos Aires.

durante la época medioeval, como medio de solucionar las cuestiones surgidas a diario entre la multitud de principados, de reinos minúsculos, de ducados y de naciones en perpetua discordia,[1] ni finalmente en su desenvolvimiento experimentado en los dos primeros tercios del siglo XIX, en cuyo período contribuyeron en gran parte a su adelanto las naciones americanas, aplicándolo en muchas de sus controversias.

México había celebrado con Colombia desde los albores de su vida independiente un tratado de amistad, unión, liga y confederación el 3 de octubre de 1823, tendiente a crear una Asamblea General de los Estados Americanos compuesta de sus plenipotenciarios, con el objeto de cimentar sus relaciones y de constituirse en juez árbitro y conciliador de sus disputas y diferencias[2] y tres años más tarde firmó pactos de análoga naturaleza con Centroamérica y Perú y una vez más con Colombia.

Este último país en la época misma en que luchaba por obtener su emancipación celebró pactos similares con sus hermanas las repúblicas de Perú y de Chile en junio y octubre respectivamente de 1822 y con Centroamérica tres años más tarde. Los Estados Unidos en 24 y en 46, Ecuador en 1832 y después en 56, Perú en septiembre de 29 y en 58 y 70 y Venezuela en 42 firmaron tratados de arbitraje con Colombia.[3]

Estados Unidos en 1794 y 95 sometió a arbitraje las cuestiones relativas a reclamaciones y embargos marítimos con Gran Bretaña, en 1825 Brasil y Portugal hicieron lo mismo para resolver sobre las reclamaciones originadas por la guerra y cuatro años más tarde decidió así Brasil un caso análogo con la Gran Bretaña. En 1830 Argentina e Inglaterra, en 1839 México y Francia, y México y Estados Unidos y en 1840 Argentina y Francia solucionaron así sus diferencias motivadas por reclamaciones e indemnizaciones personales suscitadas a causa de la guerra. Después en un período de 30 años, de 1842 a 1871 cuando ocurrió el caso del Alabama encontramos 35 cuestiones sometidas al arbitraje tanto entre naciones americanas, como entre éstas y diversas potencias europeas. En ese lapso de tres décadas hay que notar que *todas* las naciones americanas, *sin excepción*, sometieron al arbitraje cuestiones de índole muy variada, entre las cuales hubo algunas de tanta importancia como la suscitada entre Estados Unidos y Portugal a causa de la destrucción del navío de guerra *General Armstrong*, entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1854 sobre derechos de pesquerías; la de 1856 entre los Estados Unidos y Nueva Granada, por la cual arreglaron todas las reclamaciones de ciudadanos y corporaciones americanos contra Nueva Granada, sometiendo el asunto a una Comisión Arbitral; la del Perú y Estados Unidos en 1862 relativa a la captura de los buques angloamericanos *Lizzie Thompson* y *Georgiana* siendo árbitro el rey de los belgas; la de 1863 entre Estados Unidos e Inglaterra referente a las reclamaciones de la Hudson Bay Company; la de 64 entre Perú y Gran Bretaña confiada a la decisión del Senado Hamburgués, por la cual se resolvieron las reclamaciones hechas por Inglaterra a Perú a causa de la prisión sufrida por el súbdito inglés White y la de 14 de marzo de 1870 para decidir la

[1] Mileta Novacovitch. Les compromis et les arbitrages internationaux du XII[e] au XV[e] siècle. Paris, A. Pedone, 1905. Thèse Université de Paris.

[2] Artículo 14 del tratado citado.

[3] Dr. Francisco José Urrutia. Op. cit.

controversia entre los Estados Unidos y el Brasil por la pérdida del buque "Canadá."[1]

Además desde el segundo tercio del siglo XIX (con excepción de los pactos arbitrales de 1794, de 1814 y 1827 entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña sobre determinaciones de fronteras entre aquellos y Canadá) notamos que comienzan a dilucidarse por medio de laudos arbitrales esas complicadas cuestiones de límites entre los Estados americanos, que han tenido una naturaleza compleja y los han orillado con frecuencia a la guerra. Esas cuestiones que han sido terminadas en gran parte por el arbitraje entre Estados Unidos y Canadá, Estados Unidos y México, Argentina y Chile, Argentina y Bolivia, Brasil y Colombia, Venezuela y Gran Bretaña, Argentina y Brasil, Chile y Bolivia, Perú y Bolivia, México y Guatemala, Colombia y Costa Rica y más tarde Panamá y Costa Rica, Ecuador y Colombia, Venezuela y Colombia, Colombia y el Perú y entre diversas Repúblicas Centroamericanas, aunque iniciadas como se ha dicho a mediados casi del pasado siglo, en su mayoría han sido resueltas en los últimos años de la centuria anterior y en los albores de la actual. Quedan aún sin embargo entre varios Estados Americanos muchas cuestiones de límites pendientes, cuya solución tarde o temprano, atendiendo a los ejemplos históricos que sobre ese particular existen, y a la interdependencia y solidaridad panamericanas, deberá ser el arbitraje.

El distinguido escritor chileno, Gaspar Toro, se expresa en los siguientes términos sobre los litigios de este carácter:

"En Europa no existen verdaderas cuestiones de límites internacionales. La ocupación territorial, efectiva y completa, que se remonta allí hasta los orígenes mismos de las nacionalidades, ha determinado históricamente las fronteras de los diversos Estados, sin dar entre ellos lugar a graves disidencias o conflictos.

"No ha sucedido lo mismo en América. Cada una de las fronteras de cada uno de sus Estados ha sido objeto de discusiones semiseculares, alrededor de las cuales han ido acumulándose libros, folletos y notas de cancillería que forman una literatura especial considerable.

"Al separarse de su antigua metrópoli, los nuevos Estados latinoamericanos adoptaron por límites de sus territorios los que correspondían a las respectivas gobernaciones co-

---

[1] Brasil y Estados Unidos (1842): Reclamaciones—Capturas marítimas; Estados Unidos y Portugal (1851): Reclamaciones—Destrucción del navío de guerra *General Armstrong;* Estados Unidos y Gran Bretaña (1853): Reclamaciones recíprocas; Ecuador y Perú (1853): Reclamaciones—Embargos marítimos; Estados Unidos y Gran Bretaña (1854): Pesquerías; Uruguay y Francia y Gran Bretaña (1857): Actos de guerra; Venezuela y Holanda (1857): Territorio; Estados Unidos y Nueva Granada (1857): Reclamaciones personales; Brasil y Gran Bretaña (1858): Reclamaciones personales; Argentina, Francia, Gran Bretaña y Cerdeña (1858): Reclamaciones por guerra civil; Chile y Estados Unidos (1858): Reclamación—Embargo marítimo *Macedonia;* Paraguay y Estados Unidos (1859): Reclamaciones—Commercial United States and Paraguay Navigation Co.; Guatemala y Gran Bretaña (1859): Límites; Honduras y Gran Bretaña (1859): Reclamaciones—Concesiones; Nicaragua y Gran Bretaña (1860): Reclamaciones—Concesiones; Costa Rica y Estados Unidos (1860): Reclamaciones pecuniarias; Ecuador y Estados Unidos (1862): Reclamaciones mutuas; Perú y Estados Unidos (1862): Reclamaciones—Embargos marítimos *Lizzie Thompson* y *Georgiana;* Brasil y Gran Bretaña (1863): Reclamación—Arresto arbitrario; Perú y Estados Unidos (1863): Reclamaciones mutuas; Estados Unidos y Gran Bretaña (1863): Reclamaciones Hudson Bay Company; Perú y Gran Bretaña (1863): Reclamación—Arresto arbitrario; Salvador y Estados Unidos (1864): Reclamación—Henry Savage; Colombia y Estados Unidos (1864): Extensión de la Convención de 1857; Argentina y Gran Bretaña (1864): Reclamaciones personales; Venezuela y Francia (1864): Reclamaciones personales; Estados Unidos y Venezuela (1866): Reclamaciones personales; México y Gran Bretaña (1866): Reclamaciones mutuas; Argentina y Bolivia (1868–1869): Límites; México y Estados Unidos (1868): Reclamaciones mutuas; Venezuela y Gran Bretaña (1868): Reclamaciones mutuas; Perú y Estados Unidos (1868): Reclamaciones mutuas; Brasil y Estados Unidos (1870): Reclamación—Pérdida del buque *Canadá;* Estados Unidos y España (1870: Detención del buque *Lloyd Aspinwall;* Estados Unidos y España (1871): Reclamaciones—Insurrección cubana.

loniales, no según la regla de la ocupación real, sino en conformidad a una posesión fundada solo en documentos o títulos emanados de la administración española, que es lo que en derecho público americano se ha llamado *uti possidetis* de 1810. Esa ha sido la regla, y no había otra aplicable que mejor correspondiera a las necesidades del nuevo orden de cosas; pero como las regiones fronterizas a que se refieren aquellos títulos de papel abarcaban inmensos territorios, en parte imperfectamente conocidos o absolutamente inexplorados, desiertos o habitados por tribus indianas, resultaba que los tales títulos eran por lo general vagos o contradictorios. Para precisarlos y esclarecerlos se han rebuscado antecedentes en las viejas crónicas de la conquista, se han revuelto todos los archivos en España y América y se han mantenido en actividad comisiones exploradoras o periciales que han cruzado en todos sentidos este Continente y recorren todavía todos sus rincones con todo lo cual han ganado no poco la historia y la geografía.

"Por mucho que hayan cundido en la América Latina la población y las fuerzas expansivas de la civilización, las regiones disputadas forman todavía en ella y formarán durante muchos años más, vastos desiertos. Todavía los lindes que en los Pirineos, por ejemplo, van separando poblaciones, razas, lenguas, nacionalidades, etc., van separando en dichas regiones americanas soledades horrorosas o pobres tribus salvajes. Esos territorios como los que forman la inmensa hoya del Alto Amazonas, disputados en partes por más de dos Estados, pueden ser y han sido considerados a modo de comunidades naturales proindiviso, constituyendo títulos declarativos y no adquisitivos de dominio los actos divisorios que jurídicamente solucionan cuestiones de deslindes, en las cuales las partes son recíprocamente demandantes y demandados. Una sentencia arbitral en esas condiciones no afecta la integridad territorial de ninguno de los comprometidos.

"Tales cuestiones se consideran singularmente apropiadas a las soluciones arbitrales. De hecho, y aunque hayan sido objeto de ardientes controversias, nunca han encendido la guerra por sí solas. Nunca han sido objeto de excepciones en tratados de arbitraje general y permanente. Ninguna República hispano-americana ha dejado de firmar y confirmar en sus pactos la cláusula compromisoria para dirimir con la vecina su respectiva cuestión de límites. Sea que la discusión no haya conducido a una transacción o arreglo directo entre los respectivos países, sea que el arreglo convenido no haya resultado definitivo, renovándose la cuestión por disidencias acerca de la interpretación o ejecución del mismo, el hecho es que muchas veces se ha apelado al arbitraje y que en ningún caso ha fallado éste como medio de solucionar definitivamente toda dificultad fronteriza. Lo han empleado con éxito completo, según se verá muchos Estados latinoamericanos. Lo han adoptado asimismo los europeos que tienen posesiones en América respecto de éstas. Así se han determinado o está convenido que se determinen las fronteras de la Honduras Británica y de las tres Guayanas Europeas, en las cuales unas mismas circunstancias han hecho aplicable una misma regla.

"La observación de los hechos manifiesta que como medio pacífico de solucionar una controversia de límites entre los Estados americanos, una vez agotada la discusión y mantenido el desacuerdo, es preferible el arbitraje. Lo comprueban muchos de los casos que más abajo se anotan. Lo ocurrido entre el Perú y el Ecuador con motivo de su tratado arbitral de 1887, sobre fijación de las fronteras comunes, demuestra bien, entre otros casos, lo peligroso que es abandonar un arbitraje cierto por un arreglo directo, contingente y eventual, falto de la garantía que al primero da la respetabilidad del árbitro."[1]

No pasaremos por alto el ejemplo que se presenta en el Tratado de Guadalupe Hidalgo, firmado en esa ciudad el 2 de febrero de 1848 entre México y los Estados Unidos, por medio del cual se puso fin a la guerra que existió entre ambos países en 1847 y 1848. Es notable verdaderamente que en los precisos momentos en que se terminaba un sangriento conflicto internacional, exaltados los ánimos y encendidas las pasiones, hubo la nobleza suficiente para que México sobreponiéndose a su orgullo herido y a las exaltaciones políticas inherentes a las circunstancias, aceptase en ese mismo tratado que ponía fin al conflicto y en una de sus cláusulas, la XXI, el arbitraje, después de pactarse que ambos gobiernos "procurarán de la manera más sincera y empeñosa allanar las diferencias que se presenten y conservar el estado de paz y amistad en que ahora se ponen los dos países, usando al efecto de representaciones mutuas y de negociaciones pacíficas. Y si por estos medios no se lograre todavía ponerse de acuerdo, no por eso se apelará a represalia, agresión ni hostilidad de ningún género de una República contra la otra, hasta que el Gobierno de la que

---

[1] Gaspar Toro. Notas sobre arbitraje internacional. Citado por el Dr. Urrutia en el libro mencionado anteriormente.

se crea agraviada haya considerado maduramente y en espíritu de paz y buena voluntad, *si no sería mejor que la diferencia se terminara por un arbitramento de comisarios nombrados por ambas partes o de una nación amiga.* Y si tal medio fuere propuesto por cualquiera de las dos partes, la otra accederá a él, a no ser que lo juzgue absolutamente incompatible con la naturaleza y circunstancias del caso."[1]

Es fácil apreciar lo que significa este ejemplo que demuestra un criterio superior a las pasiones de momento, considerando si será probable que alguna de las naciones europeas—grande o pequeña, no importa—tras el conflicto actual, y al firmar un tratado de paz que merme su territorio, pactará en las cláusulas del tratado, el arbitraje para solucionar los conflictos ulteriores que pudiesen sobrevenir!

Al finalizar casi la última centuria, es decir cuando empieza el arbitraje a sufrir su más notable evolución, principióse a considerar la conveniencia no de solucionar un conflicto existente, pactando al efecto un compromiso, fijando ad hoc las reglas a las cuales debían someterse los árbitros y los puntos que se sujetaban a su juicio, sino de prevenir futuras controversias, contrayendo de antemano la obligación de resolverlas por medios pacíficos cuando agotadas las gestiones diplomáticas, un tercero quedaba autorizado para dilucidar la controversia y pronunciar el fallo.

Es el paso notable que se ha dado ya del arbitraje accidental o fortuito a la institución del arbitraje permanente, que aunque pactado desde mucho tiempo ha por diversas naciones americanas y en bastantes casos existente únicamente en teoría pues no llegaron a ratificarse los tratados respectivos, sólo de pocos años a esta parte ha tomado el carácter de un sistema que se va generalizando, que difiere en la naturaleza de las restricciones que se imponen a los tratados según las "fórmulas" adoptadas por los distintos países americanos, y que tiende a la aplicación de ese principio en todos los casos sin apelar al recurso extremo de la guerra.

A nuestro modo de ver este paso que señala una nueva etapa del Derecho Internacional, se debió en gran parte al éxito con que se aplicó en algunas cuestiones el arbitraje accidental; es decir a la demostración práctica de la arbitrabilidad de ciertas controversias, las cuales, por su naturaleza, no se consideraban susceptibles de someterse al fallo de un tercero. Fué un paso más en la senda del derecho; una ampliación de un principio jurídico, una verdadera conquista de la justicia internacional.

Entre esos casos, ninguno de más importancia que el del *Alabama*, surgido a causa de las reclamaciones presentadas por el Gobierno americano por los daños y perjuicios experimentados por la marina mercante de los Estados Unidos por el *Alabama* y otros cruceros confederados construídos y armados en puertos de la Gran Bretaña.

El *Alabama* hizo una notabilísima correría de dos años, desde fines de julio de 1862 hasta el 19 de junio de 64 cuando fué destruído frente a Cherbourgo por el *Kearsage*. Al finalizar la guerra civil, el pueblo americano comenzó a darse cuenta del monto de las pérdidas sufridas en su comercio por las hazañas del celebérrimo crucero, y la opinión pública exaltóse en alto grado contra Inglaterra, más aun cuando a las gestiones hechas en pro de un arreglo conciliatorio, Gran Bretaña por boca del Conde Russell declaró que no podría someter cuestiones de esa índole a otro Gobierno, rehusando además discutir el punto relativo a saber si Inglaterra era responsable por las demandas concernientes al *Alabama* y el Presidente Grant en su mensaje al Congreso el 5 de diciembre de 1870 manifestó que tenía el sentimiento de anunciar que

[1] Tratado de Guadalupe Hidalgo, artículo 21.

los dos Gobiernos no habían podido llegar a un acuerdo sobre ese asunto.[1] Sin embargo el peso de la opinión pública que insensiblemente fué inclinándose a una solución pacífica de tan enojoso asunto, las laboriosas gestiones hechas desde fines de 1864 durante siete años, las discusiones en la prensa de ambos países y otros factores más, lograron al fin que se firmase en Washington el 8 de mayo de 1871 un tratado, por el cual se determinó someter el asunto a una corte arbitral que fué integrada por Charles Francis Adams, árbitro nombrado por el Presidente de los Estados Unidos, Sir Alexander Cockburn, lord Chief Justice de Inglaterra, nombrado por la Reina de esa nación, Conde Frederico Sclopis, juez distinguido y jurista de reputación europea designado por el Rey de Italia, Mr. Jacques Staempfi que había sido tres veces Presidente de la Confederación Helvética, nombrado por el Presidente de ésta, y Marcos Antonio d'Araujo Barón d'Itayuba, ministro brasileño en París, quien llevó la representación del Emperador del Brasil.

La Corte Arbitral así constituída reunióse por primera vez el 15 de diciembre de 1871, pronunciando el 14 de septiembre del siguiente año su fallo por el cual, aunque rechazáronse las reclamaciones de los Estados Unidos por perjuicios indirectos al comercio americano motivados por las correrías del crucero confederado, estimáronse en 15,000,000 de dólares los daños sufridos, condenándose a Inglaterra a satisfacer esta suma, a lo cual se sometió Gran Bretaña haciendo todo honor al compromiso arbitral aceptado por ella.

La importancia intrínseca de la controversia; el apasionamiento con que se había considerado el caso, las consecuencias que reportaba sobre una doctrina de tanta trascendencia como la de neutralidad internacional, y la manera como una potencia de la talla de Inglaterra acataba el fallo, todo ese conjunto de circunstancias dió un repentino y formidable prestigio a la causa del arbitraje como lo indica Rouard de Card en su libro titulado: "Los destinos del arbitraje internacional desde la sentencia pronunciada por el tribunal de Ginebra," alentándose la creencia que logró generalizarse bastante de que podría llegar a sustituirse la guerra, que es la forma violenta de resolver los conflictos internacionales, por un medio pacífico, fruto de la civilización y en harmonía con los más elevados sentimientos de justicia y las aspiraciones más legítimas de paz y de bienestar que viene persiguiendo el hombre desde tiempos inmemoriales sin haberlas visto nunca realizadas.

Después del arbitraje del *Alabama* no hay ningún acontecimiento en la historia diplomática de América que revista la importancia que adquirió la celebración de las Conferencias Panamericanas, las cuales desde 1889 en Wáshington hasta 1910 en Buenos Aires, forman una cadena que ha unido a todos los países americanos en muchos respectos, uniformando su criterio en algunos y contribuyendo en no pocos a discutir ciertos asuntos de importancia trascendental que aunque no resueltos definitivamente, han sido estudiados por habilísimos diplomáticos, jurisconsultos y oradores de todos los países de América, y se ha preparado el terreno desde la tribuna de esas magnas Asambleas, para un acuerdo que subscribirán tarde o temprano, cuando se presenten circunstancias más propicias, todas las naciones del Hemisferio Occidental. Entre esas materias el arbitraje figura en primer término; el Congreso de 1889 en Wáshington llegó a la celebración de un tratado muy general entre la mitad de las naciones representadas, el cual sin embargo no fué ratificado por ninguna de ellas, tanto por las circunstancias de la época, como por la generalidad del convenio, lo que se consideraba entonces como un peligro gravísimo; la Segunda Conferencia de 1901 llega a un acuerdo universal para

[1] L'évolution de l'arbitrage international. Thomas Willing Balch, 1908. Philadelphia, págs 48 y sig.

someter a arbitraje obligatorio las reclamaciones pecuniarias, el cual es renovado en la Cuarta Conferencia de Buenos Aires, y cuatro años antes de la reunión de esta última, en Río Janeiro, se recomienda a los Gobiernos americanos que "den instrucciones a sus delegados a la Segunda Conferencia de La Haya para que procuren que en esa Asamblea de carácter mundial se celebre una Convención General de Arbitraje tan eficaz y definida que por merecer la aprobación del mundo civilizado sea aceptada y puesta en vigor por todas las naciones."[1]

Esa era la aspiración de todos y cada uno de los países de América y si dicha aspiración no pudo cristalizar de una manera perfecta en la Conferencia de La Haya, por la enérgica e interesada oposición de algunas potencias europeas a principio general tan elevado y benéfico, y el desaliento natural que siguió a ese fracaso bastó para eliminar del programa de la Cuarta Conferencia Panamericana la cuestión del arbitraje, eso no quita que se vuelva a levantar el estandarte de ese principio por los pueblos del Nuevo Mundo, cuando prescindamos para realizar ese ideal del concurso de las naciones europeas, demasiado rencorosas y exhaustas y sedientas de venganza tras el desastre actual, y hagamos del arbitraje un *principio de política americana*, suscrito por todas las Cancillerías, reglamentado por el Derecho Internacional Público en cuya codificación se trabaja, y teniendo por juez, no una comisión especial nombrada ad-hoc en cada caso que se suscite tras de inauditas y tediosas gestiones diplomáticas, ni un tribunal europeo, sino una Corte nuestra, permanente y apta, como se puede integrar con los elementos individuales de primer orden existentes en cada uno de nuestros países, y que en vez de llevar el nombre de una modesta capital de allende los mares, reciba para gloria del Hemisferio descubierto por el Gran Almirante, el de Corte Permanente Panamericana de Arbitraje!

Ese es el ideal y no sabemos cuando se podrá realizar, pero sí es un hecho que a él nos acercamos, y que desde el caso del *Alabama* ha tomado un impulso mayor cada día el principio del arbitraje y como el mejor ejemplo de ello haremos notar que de 1871 a 1910 o sea en el transcurso de cuarenta años se sometieron a decisión arbitral 125[2] cuestiones de muy diversa índole, desde

---

[1] Resoluciones y Convenciones de la Tercera Conferencia Panamericana.

[2] Estados Unidos y Gran Bretaña (1871): Reclamaciones personales a causa de la Guerra Civil; Estados Unidos y Gran Bretaña (1871): Pesquerías—Nueva Escocia; Estados Unidos y Gran Bretaña (1871): Límites—San Juan; Brasil y Suecia y Noruega (1871): Reclamaciones—Daños a un buque; Chile y Perú (1871): Gastos comunes de guerra; Brasil y Paraguay (1872): Reclamaciones mutuas de guerra; Bolivia y Chile (1872): Reclamaciones—Operaciones mineras; Colombia y Gran Bretaña (1872): Reclamaciones personales—Cotesworth & Powell; Brasil y Gran Bretaña (1873): Reclamaciones personales—Servicios navales; Perú y Japón (1873): Detención de un buque; Chile y Estados Unidos (1873): Detención de un buque; Colombia y Estados Unidos (1874): Detención de un buque; Chile y Perú (1874): Reclamaciones mutuas de guerra; Chile y Gran Bretaña (1875): Reclamación—Pérdida de un buque; Argentina y Paraguay (1876): Límites—El Chaco; Nicaragua y Gran Bretaña (1879): Soberanía de la Isla Mosquito; Nicaragua y Francia (1879): Reclamación—Embargo de armas; Estados Unidos y Francia (1880): Reclamaciones mutuas; Honduras y El Salvador (1880): Límites; Colombia y Costa Rica (1880): Límites; República Dominicana y Holanda (1881): Confiscación de un buque; Colombia y Venezuela (1881): Límites; Chile y Argentina (1881): Límites; Chile y Francia (1882): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Chile e Italia (1882): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Chile y Gran Bretaña (1883): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Chile y Perú (1883): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Estados Unidos y China (1884): Reclamaciones personales; Bolivia y Chile (1884): Reclamaciones—Confiscación de propiedad; Haití y Estados Unidos (1884): Reclamaciones personales—Pelletier y Lazare; Colombia y Ecuador (1884): Reclamaciones personales; Chile y Alemania (1884): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Chile y Bélgica (1884): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Estados Unidos y España (1885): Reclamaciones—

reclamaciones pecuniarias que son las más frecuentes hasta controversias marítimas y desde rectificación de fronteras hasta zonas de pesquerías, soberanía de ciertos territorios, islas, etc., abarcando en su conjunto una asombrosa variedad de cuestiones jurídicas, tanto de derecho internacional público como privado, siendo parte en esas cuestiones todas las Repúblicas Americanas y

Presa marítima; Chile y Austria-Hungría (1885): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Chile y Suiza (1886): Reclamaciones—Guerra del Pacífico; Colombia e Italia (1886): Reclamaciones—Cerruti; Costa Rica y Nicaragua (1886): Fronteras; Honduras y Salvador (1886): Límites; Ecuador y Perú (1887): Límites; Colombia, Ecuador y Perú (1887–1894): Territorio; Argentina y Chile (1888): Fronteras; Estados Unidos y Haití (1888): Reclamaciones—Arresto arbitrario *Van Bokelen;* Guatemala y México (1888): Reclamaciones mutuas; Estados Unidos y Marruecos (1888): Reclamaciones—Arresto ilegal; Costa Rica y Nicaragua (1889): Reclamaciones—Canal Interocéanico; Argentina y Brasil (1889): Límites—Misiones; Estados Unidos y México (1889): Límites; Haití y Gran Bretaña (1890): Reclamaciones personales; Haití y Francia (1890): Reclamaciones personales; Estados Unidos, Gran Bretaña y Portugal (1891): Concesiones ferroviarias, Bahía de Delagoa; Venezuela y Francia (1891): Reclamación—Denegación de justicia; Estados Unidos y Venezuela (1892): Reclamaciones—Venezuela Steamship Transportation Co.; Estados Unidos y Gran Bretaña (1892): Pesquerías de focas; Chile, Francia y Perú (1892): Reclamaciones—Guano; Chile y Estados Unidos (1892): Reclamaciones mutuas; México y Guatemala (1892): Límites; Argentina y Chile (1893): Límites; Ecuador y Estados Unidos (1893): Arresto ilegal, J. R. Santos; Chile y Gran Bretaña (1893): Reclamaciones—Guerra civil; Colombia e Italia (1894): Reclamaciones personales—Cerruti. Segundo tratado; Honduras y Nicaragua (1894): Límites; Chile y Francia (1895): Reclamaciones—Guerra civil; Guatemala y Honduras (1895): Límites; México y Guatemala (1895): Ocupaciones militares; Haití y R. Dominicana (1895): Límites; Chile y Suecia y Noruega (1895): Reclamaciones—Guerra civil; Bolivia y Perú (1895): Ocupaciones militares; Nicaragua y Gran Bretaña (1895): Reclamaciones—Daños a la propiedad; Honduras y Salvador (1895): Límites; Haití y Alemania (1895): Reclamaciones personales; Brasil e Italia (1895): Reclamaciones personales; Brasil y Gran Bretaña (1896): Territorio; Estados Unidos y Gran Bretaña (1896): Reclamaciones canadienses sobre pieles de foca; Brasil e Italia (1896): Requisiciones militares; Costa Rica y Nicaragua (1896): Límites; Argentina y Chile (1896): Límites; Colombia y Gran Bretaña (1896): Reclamaciones personales; Venezuela y Gran Bretaña (1897): Territorio; México y Estados Unidos (1897): Reclamaciones—Daños personales; Brasil y Francia (1897): Límites con la Guayana Francesa; Chile y Francia (1897): Reclamaciones—Daños personales; Chile y Francia (1897): Reclamaciones—Violación de contrato; Estados Unidos y Siam (1897): Asaltos militares, E. V. Kellett; Estados Unidos y Siam (1897): Reclamación de "Cheek"; Guatemala e Italia (1898): Reclamaciones personales—Violación de contrato; Ecuador e Italia (1898): Daños—Expulsión arbitraria; Costa Rica y República de Centro América (1898): Reclamaciones mutuas: Perú y Estados Unidos (1898): Forma de plebiscito; Argentina, Bolivia y Chile (1898): Límites; Honduras y Gran Bretaña (1899): Reclamaciones—Detención de buque; Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania (1899): Controversias sobre Samoa; Estados Unidos y Haití (1899): Reclamaciones—Metzger & Co.; Perú e Italia (1899): Reclamaciones procedentes de guerra civil; Guatemala y Estados Unidos (1900): Reclamaciones personales, R. H. May; Estados Unidos y Nicaragua (1900): Reclamaciones—Embargo marítimo: Bolivia y Chile (1900): Reclamaciones procedentes de guerra civil; Estados Unidos y Rusia (1900): Captura de buques; Perú e Italia (1900): Interpretación de tratado; Brasil y Gran Bretaña (1901): Límites, Guayana; Nicaragua y Gran Bretaña (1901): Reclamaciones—Concesiones; Salvador y Estados Unidos (1901): Reclamaciones—Concesiones; México y Estados Unidos (1902): Reclamaciones del Fondo Piadoso de las Californias (ante La Haya); Guatemala y Francia (1902): Reclamaciones personales; Guatemala e Italia (1902): Reclamaciones personales; Venezuela y Francia (1902): Reclamaciones personales; Bolivia y Perú (1903): Límites; Estados Unidos y República Dominicana (1903): Reclamaciones personales, J. Sala, Co.; Estados Unidos y República Dominicana (1903): Reclamaciones—Compañía Importadora de Santo Domingo; Venezuela y Estados Unidos, Gran Bretaña, Alem., etc., (1903): Reclamaciones—Preferencia La Haya; Ecuador y Perú (1904): Límites; Colombia y Ecuador (1904): Límites; Colombia y Perú (1904): Límites; Nicaragua y Honduras (1904): Límites; Haití y Francia (1904): Reclamaciones personales; Brasil y Holanda (1906): Deslinde; Estados Unidos y Gran Bretaña (1909): Pesquerías; Estados Unidos y Venezuela (1909): Orinoco Steamship Co. (La Haya); México y Francia (1909): Soberanía Isla Clipperton; Costa Rica y Panamá (1910): Límites.

trece de las principales potencias europeas y varios otros países de menor importancia en el Asia[1] y en los diez años que siguieron a la celebración de la Primera Conferencia de La Paz en La Haya, de 1899 a 1909, se firmaron 40 Tratados Generales de Arbitraje en los cuales figuran como parte 16 Repúblicas del Nuevo Continente![2]

Y así, mientras en la antigua Capital de los Virreyes se celebra la Segunda Conferencia Panamericana, en la cual la delegación mexicana fué mantenedora en el torneo, del principio del arbitraje, y tiene México el honor conjuntamente con los Estados Unidos de someter al Tribunal de La Haya el primer caso arbitral, el del Fondo Piadoso de las Californias en 1902 y los $43,050.99 que paga anualmente y a perpetuidad al Gobierno de los Estados Unidos en virtud de la sentencia, los considera con orgullo como el tributo que pregona su respeto a los fallos dictados por Tribunal tan eminente,[3] Argentina repite por boca del Dr. D. Antonio Bermejo su célebre declaración de que "con tratados o sin ellos, está resuelta a terminar por el arbitraje todas sus dificultades internacionales[4] y firma en 1907 con Italia aquel famoso tratado que por la amplitud de miras mereció los elogios de internacionalistas tan conspicuos como Leon Bourgeois y el Barón d'Estournelles de Constant; Colombia expresa en 1901 en la Segunda Conferencia que no le satisface el tratado de arbitraje pactado porque no respondía en virtud de sus restricciones a las generosas esperanzas que lo habían inspirado[5] y Perú rebatiendo con brillantez por medio de su delegación en esa misma Asamblea la excepción que se consignaba en el proyecto a debate de las cuestiones que afectasen el honor nacional, declara que es el anhelo de su Gobierno que el arbitraje se extienda a las cuestiones de mayor trascendencia.[6]

Por otra parte Ecuador en su Constitución de 31 de marzo de 1878 recomienda vigorosamente el arbitraje para evitar la guerra; la Républic a Dominicana en su Carta Fundamental de 20 de mayo de 1889, articulo 87, Brazil en la de 24 de febrero de 1891, artículo 34 y Venezuela en su Constitución de 21 de junio de 1893, en su artículo 141, prescriben ese mismo principio como un medio que debe

[1] Gran Bretaña, Suecia y Noruega, Francia, Holanda, Italia, Alemania, Bélgica, España, Austria-Hungría, Suiza, Dinamarca, Portugal y Rusia.

[2] Argentina y Paraguay, 1899.
Argentina y Bolivia, 1902.
Argentina y Brasil, 1905.
Bolivia y Peru, 1901.
Brasil y Venezuela, 1909.
Colombia y España, 1902.
Colombia y Gran Bretaña, 1909.
Guatemala y España, 1902.
México y España, 1902.
México y Estados Unidos, 1908.
Salvador y España, 1902.
Estados Unidos y Dinamarca, 1908.
Estados Unidos y Gran Bretaña, 1908.
Estados Unidos e Italia, 1908.
Estados Unidos y Holanda, 1908.
Estados Unidos y Perú, 1908.
Estados Unidos y Salvador, 1908.
Estados Unidos y Suiza, 1908.
Estados Unidos y Suecia, 1908.
Estados Unidos y Haití, 1909.
Uruguay y España, 1902.
Argentina y Chile, 1902.
Argentina y España, 1902.
Argentina e Italia, 1907.
Bolivia y España, 1902.
Brasil y China, 1909.
Colombia y Perú, 1905.
República Dominicana y España, 1902.
Honduras y España, 1905.
México é Italia, 1907.
Perú e Italia, 1905.
Estados Unidos v Austria-Hungaría, 1908.
Estados Unidos y Francia, 1908.
Estados Unidos y China, 1908.
Estados Unidos y Japón, 1908.
Estados Unidos y Noruega, 1908.
Estados Unidos y Portugal, 1908.
Estados Unidos y España, 1908.
Estados Unidos y Costa Rica, 1909.
Estados Unidos y Ecuador, 1909.

[3] The Hague Arbitration Cases. George Grafton Wilson. Ginn and Company, Boston and London, 1915.

[4] Segunda Conferencia Internacional Americana. Debates y Resoluciones. Informe de la Delegación Argentina. Págs. 315 y 316.

[5] Dr. Francisco Urrutia. Op. cit.

[6] Segunda Conferencia Internacional Americana. Debates y Resoluciones. México, 1902. Informe de la Delegación Peruana, págs. 369 y siguientes.

emplearse antes de apelar a cualquiera solución violenta, y mientras Chile resuelve multitud de sus más graves cuestiones por arbitramento, Brasil firma en tres años de 1908 a 1911, 29 tratados en los cuales se pacta ese recurso.[1] Uruguay el año último suscribe con Italia el pacto más liberal de esta índole que exista hasta ahora entre una República Americana y un país europeo,[2] y Estados Unidos en el transcurso de su vida independiente resuelve de manera satisfactoria sesenta y tres controversias de las más variadas, firmando además tratados arbitrales con casi todas las potencias del mundo.[3]

Creemos conveniente insertar las cláusulas del importantísimo tratado ítalo-uruguayo: Su Excelencia el señor Presidente de la República Oriental del Uruguay y su Majestad el Rey de Italia han nombrado por sus plenipotenciarios . . . a saber, quienes después de haberse comunicado sus Plenos Poderes, hallados en buena y debida forma, han convenido todo lo que sigue:

ARTÍCULO I. Todas las controversias, de cualquier naturaleza, que por cualquier causa, surgiesen entre las Altas Partes Contratantes, y que no haya sido posible arreglar por la vía diplomática, serán sometidas a juicio arbitral.

ART. II. No pueden renovarse en virtud de esta convención las cuestiones que hayan sido objeto de arreglos definitivos entre ambas Altas Partes. En tal caso, el arbitraje se limitará exclusivamente a las cuestiones que se susciten sobre la validez, sobre la interpretación y sobre la ejecución de dichos arreglos.

ART. III. Para la decisión de las cuestiones que, en cumplimiento de esta Convención, se sometieran a arbitraje, las funciones de árbitro serán encomendadas a un Soberano o Jefe de Estado.

ART. IV. En caso de no llegarse a acuerdo sobre la designación del árbitro a que se refiere el artículo precedente, las Altas Partes Signatarias se someterán al juicio del Tribunal Permanente de Arbitraje, establecido en La Haya en virtud de la convención de 29 de julio de 1899, relativa al arreglo pacífico de los conflictos internacionales, y mantenido por la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907.

ART. V. En cada caso particular las Altas Partes Contratantes firmarán un compromiso especial, que determine el árbitro nombrado, el alcance de los poderes de éste, la materia del litigio, y los plazos y procedimientos que se fijen.

Queda entendido que dichos acuerdos especiales quedan sujetos a las formalidades requeridas por la Constitución y las leyes de las dos Altas Partes Signatarias.

---

[1] Brasil y Estados Unidos, 23 de enero de 1909, Washington; Brasil y México, 11 de abril de 1909, Petrópolis; Brasil y Honduras, 26 de abril de 1909, Guatemala; Brasil y Venezuela, 30 de abril de 1909, Caracas; Brasil y Panamá, 1° de mayo de 1909, Washington; Brasil y Ecuador, 13 de mayo de 1909, Washington; Brasil y Costa Rica, 18 de mayo de 1909, Washington; Brasil y Cuba, 10 de junio de 1909, Washington; Brasil y Bolivia, 25 de junio de 1909, Petrópolis; Brasil y Nicaragua, 28 de junio de 1909; Guatemala; Brasil y Salvador, 3 de septiembre de 1909, San Salvador; Brasil y Perú, 7 de diciembre de 1909, Petrópolis; Brasil y Haití, 25 de abril de 1910, Washington; Brasil y República Dominicana, 29 de abril de 1910, Washington; Brasil y Colombia, 7 de julio de 1910, Bogotá; Brasil y Uruguay, 6 de enero de 1911, Petrópolis; Brasil y Paraguay, 24 de febrero de 1911, Asunción, completando el número de 29 tratados, los doce más que firmó Brasil en ese mismo período con las potencias siguientes; Portugal, Francia, España, Gran Bretaña, Noruega, China, Suecia, Grecia, Rusia, Austria-Hungría, Italia y Dinamarca. Dunshee de Abranches, "O Brazil e o Arbitamento." Rio de Janeiro, 1911.

[2] Baltasar Brum, Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, "La Doctrina del Arbitraje Amplio," discurso presentado en la Honorable Cámara de Representantes del Uruguay, 1915.

[3] International Arbitrations and Diplomatic Settlements of the United States. Carnegie Endowment for International Peace, 1915.

ART. VI. La presente convención permanecerá en vigor por un período de cinco años, y si no es denunciada por una de las partes, se considerará renovada por otro período de cinco años; y así sucesivamente.

En caso de denuncia, permanecerá en vigor hasta un año después de que cualquiera de las partes haya notificado a la otra su terminación.

ART. VII. Esta Convención será ratificada por Su Excelencia el señor Presidente de la República Oriental del Uruguay y por su Majestad el Rey de Italia, de conformidad con cuanto establezcan la Constitución y las leyes de sus respectivos países; y las ratificaciones serán canjeadas en Montevideo o en Roma, a la brevedad posible.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios arriba nombrados han firmado la presente y la han sellado con sus sellos.

Hecha en dos ejemplares del mismo tenor, en lengua española e italiana, en Montevideo, a diez y nueve de agosto de mil novecientos catorce. Baltasar Brum, Francesco Maestri Molinari.

Protocolo adicional a la Convención de Arbitraje General Obligatorio entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de Italia, firmada en Montevideo el 19 de agosto de 1914.

Su Excelencia el señor Presidente de la República Oriental del Uruguay y Su Majestad el Rey de Italia, deseando precisar el alcance de la Convención de Arbitraje General Obligatorio firmada, por sus plenipotenciarios, en Montevideo, el diez y nueve de agosto de mil novecientos catorce, han determinado suscribir un protocolo adicional al efecto, y han nombrado por sus plenipotenciarios, . . . a saber; quienes, después de haberse comunicado sus plenos poderes, hallados en buena y debida forma, han convenido todo lo que sigue:

ART. I. A menos que se trate de un caso de denegación de justicia, el artículo I, de la Convención de Arbitraje mencionada en el preámbulo de este protocolo adicional, no será aplicable a las diferencias que se suscitaren entre un ciudadano o súbdito de una de las partes y el otro Estado contratante, cuando los jueces o tribunales tengan, según la legislación de este Estado, competencia para juzgar dicha desavenencia.

ART. II. Lo dispuesto en al artículo anterior se considerará parte integrante de la Convención de Arbitraje General Obligatorio firmada por los plenipotenciarios que suscriben, en Montevideo, el diez y nueve de agosto de mil novecientos catorce.

ART. III. El presente protocolo adicional durará lo mismo que la convención; como ésta será ratificado por Su Excelencia el señor Presidente de la República Oriental del Uruguay y por Su Majestad el Rey de Italia, de conformidad con lo que establezcan la Constitución y las leyes de sus respectivos países; y las ratificaciones serán canjeadas en Montevideo o en Roma, a la brevedad posible.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios arriba nombrados han firmado el presente y lo han sellado con sus respectivos sellos.

Hecho en dos ejemplares del mismo tenor, en lengua española e italiana, en Montevideo, a primero de octubre de mil novecientos catorce. Baltasar Brum, Francesco Molinari.

Si bien es cierto que en algunas ocasiones ha dado motivo a serias críticas contra la institución del Arbitraje el que no se hayan acatado los fallos pronunciados, y aun se ha tratado de poner una sanción más tangible a esa rebeldía contra el laudo arbitral, que el simple perjuicio que experimenta un Estado en su buen nombre por la falta de cumplimiento del compromiso especial que contrajo al someter el asunto correspondiente al fallo de un tercero, podemos replicar a esas críticas como lo hizo el Dr. Brum en su libro "La Doctrina del Arbitraje Amplio," contestando con una cita del ex-Presidente Taft la interpelación que en ese mismo sentido se le hiciera por uno de los diputados uruguayos:

"Entre los individuos, como entre las naciones, los pactos se entienden celebrados de buena fe; y su no cumplimiento trae aparejadas consecuencias y sanciones a que no escapan, sin deshonor o sin infamia, los violadores de esos pactos, o tratados. No celebrar tratados de arbitraje porque pueden ser violados, es una puerilidad insostenible. Violarlos, después de celebrados, es una insensatez o una temeridad inexcusable de la que puede originarse una guerra criminal. Hay muchos tratados violados; hay también muchos cumplidos, y las relaciones de la vida internacional han ido consolidándose como régimen de derecho, debido a los tratados que se inspiraron en la paz y en los intereses pacíficos, que son los únicos que armonizan con el bienestar de las naciones y el progreso de la humanidad. No es, sin duda, edificante el espectáculo europeo, pero puede tomarse ya como una triste enseñanza: no sólo de la violación de tratados de neutralidad y arbitraje, sino de los principios humanitarios y de los enormes sacrificios de vidas y de riquezas que cuestan las ambiciones dinásticas, las rivalidades políticas de equilibrio armado y los pretextos más o menos injustificados sobre oposición y odio de raza."

Hoy más que nunca vemos de manera patente la importancia que dan los Gobiernos a esa sanción del Derecho Internacional de que habla el eminente internacionalista Root en uno de sus célebres discursos;[1] y vemos también con que encarnizamiento se ataca a una de las naciones beligerantes acusándola de haber faltado a su palabra consignada en el Tratado famoso de neutralización de Bélgica, así como los esfuerzos que hace esta nación para librarse del anatema público y del de la historia que penden sobre ella, invocando como supremo argumento la necesidad militar, impuesta a su decir por la conservación de su existencia. Las Repúblicas americanas, persuadiéndose cada día más de las responsabilidades que pesan sobre ellas y del valor que ante la conciencia pública adquieren los compromisos a que se sujetan bajo su palabra, evitarán a no dudarlo la repetición de esos hechos que no se compadecen con el espíritu del derecho ni con la dignidad de un Estado.

¿Se puede determinar entre este cúmulo de incidentes diplomáticos y de convenciones, la tendencia actual del arbitraje en América? ¿Cuáles son las soluciones mejores que pueden presentarse? y ¿cuál la manera más efectiva para el progreso de ese principio?

A nuestro modo de ver tres son los puntos principales en este vasto y complejo problema, en los cuales hay que hacer hincapié.

I. El pacto de un arbitraje cada vez más amplio en los tratados.

II. La adopción de un Código de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado por todos los Estados de América, con el objeto de tenerlo como ley suprema para decidir conforme a él todas las cuestiones arbitrales que se susciten.

---

[1] Beyond all this there is a consciousness that in the most important affairs of nations, in their political status, the success of their undertakings and their processes of development, there is an almost mysterious influence exercised by the general opinion of the world regarding the nation's character and conduct. The greatest and strongest governments recognize this influence and act with reference to it. They dread the moral isolation created by general adverse opinion and the unfriendly feeling that accompanies it, and they desire general approval and the kindly feeling that goes with it. * * *

Tras de todo esto existe la conciencia de que en los asuntos más importantes de una nación, en sus condiciones políticas, en el éxito de sus empresas y en la marcha de su evolución, hay una influencia casi misteriosa ejercida por la opinión general del mundo respecto al carácter nacional y a la conducta del país. Los gobiernos más grandes y fuertes reconocen esta influencia y obran de acuerdo con ella. Temen el aislamiento moral creado por la opinión general adversa y el sentimiento de enemistad que lo acompaña y desean la aprobación general y el sentimiento de benevolencia que le es inherente. * * *

Elihu Root: The Sanction of International Law.

III. La creación de tribunales americanos para resolver sobre las controversias que se produzcan entre las Repúblicas del Nuevo Mundo, teniendo por ideal el establecimiento de una sola Corte Arbitral Permanente y Panamericana, sustituyendo así de manera definitiva el nombramiento que se acostumbra ahora de árbitros individuales, bien sean éstos Presidentes de Repúblicas o miembros de estirpe real, lo cual no se amolda a la perfección a la naturaleza jurídica del arbitraje y a ello débese que no pueda alcanzar aún su pleno desarrollo.

El adelanto que se ha logrado realizar en esas tres cuestiones fundamentales, puede decirse que data de los diez años últimos.

Las restricciones usuales consignadas en los tratados de arbitraje veinte años ha eran: intereses vitales, honor nacional, soberanía e independencia. Argentina ha hecho su fórmula especial, conforme a la cual se someten a arbitraje cualesquiera cuestiones, exceptuando aquellas que afecten los preceptos constitucionales de ambos países contratantes, aunque como observa un distinguido publicista, Argentina abandonó su fórmula predilecta en el Tratado que celebró en 1911 con Inglaterra por el cual se sometían a arbitraje todas las diferencias "que no hubiesen podido arreglarse por la vía diplomática."[1]

Muchos y eminentes polemistas, sobre todo en los últimos años, han atacado con vigor la subsistencia de tales restricciones: el Dr. Joaquín V. González en su libro: "La Argentina y sus Amigos" las considera como simples y peligrosos pretextos, el erudito internacionalista Bassett Moore las juzga de análoga manera, Rusell Weisman de la Western Reserve University las impugna con notabilísima vehemencia,[2] mientras otros escritores difieren acerca del

[1] Baltasar Brum. Op. cit.

[2] Fifteen years ago, England, the mighty England, gave us her pledge that no cause should ever justify war. This pledge our Senate in the name of honor refused. Unlimited arbitration agreements were suggested at both Hague Conferences. Americans promptly placed restrictions upon them in the name of honor. Again has England with enthusiasm just offered us unrestricted arbitration. Again she is repulsed by our Senate in the name of honor.

France, too, bears to our doors an unqualified pledge of arbitration. France, too, is repulsed by our Senate in the name of honor. Our Clevelands, our Olneys, our Edward Everett Hales, our Carl Schurzes, our John Hays, have all urged unlimited arbitration. Our Davises and Clarks and Platts and Quays in Senate seats have undone their work in the name of honor.

Our Charles Eliots and Nicholas Butlers, our Albert Shaws and Hamilton Holts, now plead for universal peace through unlimited arbitration. Senators Bacon and Lodge and Heyburn and Hitchcock, apparently impelled by constitutional prerogative, partly prejudice, or personal animosity, now cast their votes for limitations in the name of honor. From the platform of peace conferences, from the halls of colleges, from the pulpit and the bench, from the offices of bankers and merchants and manufacturers,

Hace quince años, Inglaterra, la poderosa Inglaterra, dió su promesa de que en su concepto ninguna causa justificaría jamás la guerra. Nuestro Senado en el nombre del honor rehusó esa promesa. Se propusieron arbitrajes ilimitados en ambas Conferencias de La Haya. Los americanos a nombre del honor se apresuraron a ponerles restricciones. De nuevo Inglaterra entusiastamente nos ofreció un arbitraje sin limitación. De nuevo se la rechazó por nuestro Senado a nombre del honor.

Francia también, toca a nuestras puertas para ofrecernos un arbitraje sin condiciones Se rechaza también a Francia por nuestro Senado a nombre del honor. Nuestros Clevelands, nuestros Olneys, nuestros Edward Everett Hales, nuestros Carl Schurzes, nuestros John Hays, todos han abogado por arbitrajes sin restricciones. Nuestros Davises, y Clarks y Platts y Quays desde sus curules han deshecho su trabajo a nombre del honor.

Nuestros Charles Eliots y Nicolás Butlers, nuestros Albert Shaws y Hamilton Holts urgen la paz universal por medio del arbitraje sin limitaciones. Los Senadores Bacon y Lodge y Heyburn y Hitchcock impelidos aparentemente por prerrogativa constitucional, en parte por prejuicio o animosidad personal, votan por las limitaciones, a nombre del honor. Desde la tribuna de las conferencias de paz, desde las aulas, desde los púlpitos, desde los bancos de los escolares, desde las oficinas de los banqueros y de los

concepto que se atribuye generalmente al "honor nacional"[1] y en el preámbulo del Tratado de Arbitraje entre Uruguay e Italia en agosto de 1914, la comisión dictaminadora declara que "el arbitraje como solución jurídica exige precisión, claridad, sinceridad, y las locuciones 'honor,' 'interés vital,'" etc., tienen la vaguedad peligrosa de un eufemismo y la incolora nebulosidad de un lugar común."[2]

Esto en cuanto a la teoría; en la práctica se ofrecen a nuestra consideración dos casos notabilísimos: uno ocurrió en 1871, el otro en 1914. El primero fué el del *Alabama* del cual hemos hecho ya mención, el último fué la Mediación del A B C para solucionar las dificultades surgidas entre los Estados Unidos y México. No es del caso hacer historia de este asunto, pero sí es pertinente observar que esa cuestión no tenía ningún carácter jurídico, sino que aunque considerado por cada país desde puntos de vista muy diferentes, uno y otro lo reputaban por su naturaleza como "afectando el honor nacional."

En Niágara Falls se reunieron los mediadores y tras de cuarenta y seis días de sesiones se firmó por los delegados de las dos naciones interesadas, el 24 de junio de 1914, un protocolo por el cual se pactó:

1°. Que se constituiría un gobierno provisional en México por acuerdo de los delegados que representaban las partes comprometidas en la lucha interna de aquella República.

---

from the press, with scarcely a column's exception, there arises a swelling plea for treaties of arbitration that know no exceptions. In the name of honor that plea is defied.

Honor? No, an ocean of exception large enough to float any number of battleships for which pride and ambition may be willing to pay. Honor? No, a financial and foolish reservation that at any moment may become a maelstrom of suspicion and rage and hatred and destruction and death. Honor? No, a mountainous barrier to peace that must be leveled before there can be progress. Honor? No, the incarnation of selfishness, the cloak of shrewd politics, the mask of false patriotism. National honor? No, national dishonor.

"National Honor and Vital Interests"—First Prize Oration in the Eastern Group Contest, 1912, by Russell Weisman, Western Reserve University, Cleveland, Ohio.

fabricantes y comerciantes, y desde las columnas de la prensa, exceptuando una que otra de éstas, se levanta una demanda vigorosa para obtener tratados de arbitraje que no tengan excepciones. En el nombre del honor se desafía esta instancia.

¿Honor? No, una excepción que es un océano bastante ancho para que en él flote cualquier número de acorazados por los cuales quiera pagar el orgullo y la ambición. Honor? No, una reserva afectada y estúpida que en cualquier momento puede convertirse en un maelstrom de sospechas, de rabias, de odios, de destrucción y de muerte. Honor? No, una barrera montañosa para la paz, que debe derribarse antes de que pueda haber progreso. Honor? No, la encarnación del egoísmo, la capa bajo la cual se cobijan los políticos ambiciosos, la máscara del falso patriotismo. ¿Honor nacional? No, deshonor nacional.

Honor nacional e intereses vitales. Discurso que obtuvo el primer premio, en el concurso de la Sección del Este, 1912, por Russell Weisman, Western Reserve University, Cleveland, Ohio.

[1] "* * * Voltaire decía que los conquistadores van siempre primero a las cajas fuertes." Oigo gritar "a las armas" se lee en la vida de Juana de Arco de Anatole France; "pero veo que se arrojan sobre el dinero." Aun el espíritu de disciplina que pudiera elogiarse, enerva la dignidad y conduce al servilismo, porque acostumbra hasta a los hombres superiores a mirar la fuerza como la única ley.

Cierto que la patria y el honor valen más que la vida y que los bienes; pero el honor y la patria no entran en juego en el 95 por ciento de las campañas.

Rivalidades dinásticas, ambiciones personales, envidia de grandeza, rapacidad * * * todo eso es lo que se oculta con la bandera sacratísima de la patria o con el dorado manto del honor nacional.

El honor es el respeto al derecho ajeno, de donde se deriva el respeto del propio; el honor nacional es el cumplimiento de los deberes sociales que impelen al desarrollo de la influencia moral por las ciencias, las letras y las artes, al aumento de la riqueza pública y a la expansión del comercio; es en fin la realisación del principal objeto; aumentar en todas las esferas de la actividad el bienestar de los ciudadanos. "Conferencia sobre la guerra." Lic. Luis Perez Verdía, 1912.

[2] Baltasar Brum. Op. cit. pág 19.

2°. Que ese Gobierno Provisional así constituido sería inmediatamente reconocido por el Gobierno de los Estados Unidos, reanudándose por consiguiente las relaciones diplomáticas entre ambos países.

3°. Que el Gobierno de los Estados Unidos no reclamaría ninguna indemnización de guerra ni otra satisfacción internacional.

4°. Que el Gobierno Provisional proclamaría una amnistía absoluta para todos los extranjeros por todas y cualquiera ofensa política cometidas durante el período de la guerra civil en México.

5°. Que el Gobierno Provisional negociaría la constitución de comisiones internacionales para el arreglo de las reclamaciones de los extranjeros en virtud de los daños causados durante el período de la guerra civil, como consecuencia de actos militares o de actos de autoridades nacionales.

6°. Que los tres Gobiernos mediadores aceptaban reconocer al Gobierno Provisional organizado como quedaba dicho en la primera parte del protocolo.[1]

---

[1] ARTICLE 1ST. The provisional Government referred to in the protocol number 3, shall be constituted by agreement of the delegates representing the parties between which the internal struggle in México is taking place.

ARTICLE 2D. (*a*) Upon the constitution of the provisional Government in the City of Mexico the Government of the United States of America will recognize it immediately and thereupon diplomatic relations between the two countries will be restored.

(*b*) The Government of the United States of America will not in any form whatsoever claim a war indemnity or other international satisfaction.

(*c*) The provisional Government will proclaim an absolute amnesty to all foreigners for any and all political offenses committed during the period of civil war in Mexico.

(*d*) The provisional Government will negotiate for the constitution of international commissions for the settlement of the claims of foreigners on account of damages sustained during the period of civil war as a consequence of military acts or the acts of national authorities.

ARTICLE 3. The three mediating Governments agree on their part to recognize the provisional Government organized as provided by section 1st of this protocol.

ARTÍCULO 1. El Gobierno provisional, al cual se refiere el protocolo numero 3, será constituido por los delegados que representen las partes entre las cuales se está verificando la lucha interna de México.

ART. 2. (*a*) Al constituirse el Gobierno provisional en la ciudad de México, el Gobierno de los Estados Unidos de América lo reconocerá immediatamente, y por consiguiente se reanudarán las relaciones diplomáticas entre los dos países.

(*b*) El Gobierno de los Estados Unidos de América en ninguna forma cualquiera que esta sea, reclamará una indemnización de guerra u otra satisfacción internacional.

(*c*) El Gobierno provisional proclamará una absoluta amnistía para todos los extranjeros por cualquiera y por todas las ofensas políticas cometidas durante el período de la guerra civil en México.

(*d*) El Gobierno provisional negociará la constitución de comisiones internacionales para el arreglo de las reclamaciones de extranjeros en virtud de daños experimentados durante el período de la guerra civil, como consecuencia de actos militares o de actos de autoridades nacionales.

ARTÍCULO 3. Los tres gobiernos mediadores aceptan por su parte reconocer el Gobierno provisional organizado como se provee por la sección primera de este protocolo.

Y el mismo 24 de junio, en la declaración que se incorporó a las minutas, se lee en el párrafo final:

Furthermore, the mediation in which we are engaged, it should be unnecessary to repeat, has not proposed in any form whatsoever to interfere in, decide or legislate on internal questions of Mexico, but seeks, as at all times it has sought, to bring about between the contending parties a serene discussion of the conflicting interests which now divide them in order to procure or facilitate an agreement between them with the aid of our friendly counsel, without prejudgment or partiality.

Además de esto, la mediación en la cual estamos empeñados, es innecesario repetirlo, no ha propuesto en ninguna forma cualquiera que fuese, intervenir, decidir o legislar sobre cuestiones interiores de México, pero busca como lo ha procurado siempre, que las partes contendientes entren en una discusión serena de los intereses encontrados que ahora las dividen, a fin de facilitar un convenio entre ellas con la ayuda de nuestro consejo amistoso, sin prejuicio o parcialidad.

"Peace Episodes on the Niagara." Frank H. Severance. Buffalo Historical Society Publications, vol. 18, 1914.

Esas fueron las diferencias cuya solución se arregló de gobierno a gobierno, es decir aquellas que tenían un carácter exclusivamente internacional. El que se hubiese dejado a los mismos mexicanos, conforme al artículo 1, la libertad para elegir entre sí el gobierno de facto que habría de reconocer el Gobierno Americano, aunque tal acuerdo no se llevó a cabo, obteniéndose el poder no en virtud de un pacto, sino por el triunfo militar de un partido sobre otro, no obsta sin embargo en lo más mínimo para considerar como un éxito la mediación del Niágara en su carácter internacional, habiendo servido para detener una guerra, entre dos naciones americanas. Esa libertad para formar el gobierno de una de ellas, el cual se debía integrar conforme al acuerdo a que llegasen los partidos en pugna, era una cuestión de índole absolutamente interna y procediendo como lo hicieron los mediadores, reconocieron expresamente, al acatar esa libertad, el más sagrado derecho que sirve de base fundamental al concepto mismo de nacionalidad, el derecho de soberanía! Ese derecho que en América heredamos de nuestros antepasados, los libertadores de nuestros países, y que debemos conservar incólume con el mismo celo con que las vestales guardaban siempre ardiendo el fuego sacrosanto de los dioses!

Tanto en la teoría como en la práctica las restricciones al arbitraje gradualmente van desapareciendo, y aunque como sucedió al finalizar la última centuria, el Senado de los Estados Unidos no ratificó el tratado amplísimo de arbitraje Olney-Pauncefote, entre ese país e Inglaterra, no habiéndose desde aquella época enmendado lo que por entonces tan mal pareció al público sensato de una y otra, nación,[1] puede asegurarse sin embargo que cuando haya un tribunal internacional que merezca la confianza continental, no habrá país ameri-

[1] When the Senate of the United States refused fourteen years ago, to ratify the proposed arbitration treaty with England negotiated by Secretary Olney and Sir Julian Pauncefote, and transmitted with the earnest approval of President Cleveland, there was a deep disappointment. At that time forty-three Senators voted for ratification and twenty-six against. The treaty, therefore, failed to receive the two-thirds majority required by the Constitution.

A change of three votes from the negative to the affirmative side of the question would have ratified a treaty, the first article of which provided for the submission to arbitration of all questions in difference between the high contracting parties which they might fail to adjust by diplomatic negotiation.

The disappointment at the rejection of the treaty Olney-Pauncefote, was as pronounced in Great Britain as it was in the United States. The London "Spectator" thought that the rejection of the treaty was due to the element of our population that likes a fight and a flourish, that hates moderation and sobriety and prudence, and that can not tolerate the notion of the fate of the country being in the hands of clergymen and professors, of lawyers and philanthropists. However that may be, the treaty was rejected, and not until the present time has any successful attempt been made to renew the undertaking then interrupted.

Cuando el Senado de los Estados Unidos rehusó catorce años hace, ratificar el tratado propuesto de arbitraje con Inglaterra negociado por el Secretario Olney y Sir Julian Pauncefote y transmitido con la más ardiente aprobación del Presidente Cleveland, hubo un profundo sentimiento de desagrado. Entonces cuarenta y tres Senadores votaron por la ratificación y veintiseis en contra. El tratado, por consiguiente no recibió la mayoría de dos terceras partes requerida por la Constitución.

Un cambio de tres votos de la negativa por la afirmativa en esa cuestión hubiera ratificado un tratado cuyo primer artículo determinaba someter a arbitraje todas las diferencias entre las altas partes contratantes que no se hubiesen podido arreglar por negociaciones diplomáticas.

En Inglaterra fué tan hondo el desagrado que se produjo por el rechazamiento del tratado Olney-Pauncefote, como en los Estados Unidos. El "Spectator" de Londres opinó que el haberse desechado el tratado fué debido al elemento de nuestra población al cual agrada la fanfarronería, que odia la moderación, la sobriedad y la prudencia y que no puede tolerar la idea de que la suerte del país esté en manos de clérigos y profesores, de abogados y filántropos. Como quiera que esto sea, se rechazó el tratado y hasta estos días no se ha hecho con éxito ninguna tentativa para renovar la empresa que se interrumpió.

"The International Mind," Nicholas Murray Butler. 1915.

cano que espontáneamente y no por medidas coercitivas, deje de recurrir a su jurisdicción, como muestra de su buena fe y de la justicia de la causa que defienda, y todo parece indicar en este lento proceso evolutivo, que en un lapso no muy largo relativamente, la doctrina del arbitraje sin restricciones que hoy encuentra ya prosélitos en las naciones del Nuevo Continente, será adoptada por todas las Repúblicas de América.

Los puntos II y III que dejamos señalados antes tienen una ilación muy estrecha. La adopción hecha por todos los países americanos de un Código de Derecho Internacional tanto Público como Privado, facilitará el restablecimiento de un tribunal arbitral, en cuanto servirá para restringir el número de casos en los cuales haya un conflicto de legislaciones nacionales. Se han dado ya los primeros pasos en ese sentido y la Junta Internacional de Jurisconsultos creada por la Convención de Río Janeiro de 23 de agosto de 1906 en la Tercera Conferencia Panamericana, tuvo su primera sesión en el mes de julio de 1912 en la misma capital del Brasil. Se ha iniciado ya ese movimiento jurídico de trascendental importancia y aunque con la lentitud inherente a la índole del asunto, no hay ningún motivo para no creer que tal Junta Internacional de Jurisconsultos proseguirá sus labores hasta verlas coronadas por el éxito más satisfactorio.

El proyecto de establecer una Corte de Justicia Arbitral no pudo llevarse a cabo en la Segunda Conferencia de La Haya y quedó sólo en calidad de un anhelo internacional y de una recomendación que la Asamblea hizo a las potencias signatarias. Más tarde tal proyecto recibió no sólo el apoyo de los más prestigiados jurisconsultos, sino el de la Corporación científica que es el vocero del progreso y de la ciencia en la rama de que se ocupa: el Instituto de Derecho Internacional, el que en su XXVIII Sesión celebrada en Cristianía en agosto de 1912, por unanimidad adoptó una resolución presentada por M. Lammasch, recomendando en los más amplios y calurosos términos el voto número 1 emitido por la Segunda Conferencia de La Paz, en favor del establecimiento de una Corte de Justicia Arbitral: [1]

"Reconociendo en todo, dice la resolución, los grandes méritos de la Corte de Arbitraje constituída en 1899 para la justicia internacional y el mantenimiento de la paz, el Instituto de Derecho Internacional, con el fin de facilitar y violentar el acceso al arbitraje, asegurar la decisión de diferencias de naturaleza jurídica por árbitros que representan los distintos sistemas de legislación y procedimiento; con el fin de reforzar la autoridad de los tribunales vis-a-vis de los representantes de las partes en litigio, por el hecho de que los miembros que las compongan sean de antemano conocidos de aquellos y de aumentar al mismo tiempo la fuerza moral de la sentencia pronunciada, por el número más grande y por la autoridad de árbitros reconocidos por la totalidad de los Estados; con el fin de decidir, en el caso en que se trate de un tratado de arbitraje obligatorio que contenga alguna cláusula a este respecto, las dudas que pueden surgir, en la cuestión de saber si una desavenencia determinada entra en la categoría de aquellas que son sometidas por ese tratado al arbitraje obligatorio; con el fin de crear un tribunal de revisión de las sentencias emanadas de los tribunales constituídos en La Haya, para el caso en que un compromiso especial prevea tal revisión; estima altamente deseable y recomienda que se lleve a debido efecto el voto número 1 emitido por la Segunda Conferencia de La Paz en favor del establecimiento de una Corte de Justicia Arbitral.

Ese magno proyecto ha sido realizado en parte ya y corresponde legítimamente a Centro-América el orgullo de haber dado el ejemplo a las demás potencias americanas y a la misma Europa por haber suscrito las cinco Repúblicas por medio de sus respectivos plenipotenciarios el 20 de diciembre de 1907 en Wásh-

[1] "Revue du Droit International de Bruxelles." Citado en el número correspondiente al mes de febrero de 1913 del Boletín Oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México

ington una Convención por la cual se creó la Corte de Justicia Centro Americana. Dicha Corte fué inaugurada el 25 de mayo de 1908 en Cartago (Costa Rica) y hasta la fecha, durante los siete años que dicha Corte ha venido funcionando, ha resuelto seis casos[1] uno de los cuales fué el litigio sumamente delicado que se

[1] Primer caso: Gobierno de Honduras vs. Gobiernos de las Repúblicas de El Salvador y Guatemala, con motivo de un movimiento sedicioso ocurrido en la primera en julio de 1908 y en el que la parte actora atribuía responsabilidad a los demandados. La contención se desarrolló con toda amplitud, así en las pruebas como en las alegaciones de las partes, y el juicio fué fallado el día 20 de diciembre de 1908, declarando improcedentes las excepciones opuestas por el Señor Representante del Gobierno de Guatemala y absolviendo a los Gobiernos de las Repúblicas de El Salvador y Guatemala de los cargos contra ellos formulados. Para fijar las doctrinas que, respecto a neutralidad internacional rigen en el mundo civilizado, y las que de modo concreto ligan a las Repúblicas centroamericanas en sus relaciones entre sí, consultó el tribunal y expuso en su aludida sentencia, las reglas del Tratado de Wáshington de 1871; la sentencia del Tribunal de Ginebra que fué su fruto; la declaración del Instituto de Derecho Internacional de 1875; las doctrinas sentadas por el Tribunal Mixto llamado a resolver las reclamaciones originadas por la guerra civil chilena en 1891; el convenio emanado de las Conferencias de Paz de La Haya de 1907; el Tratado celebrado y la Declaración de Principios del Derecho Internacional Público Centroamericano hecha en la Conferencia de Plenipotenciarios que se celebró en esta ciudad en septiembre de 1906; el Tratado General de Paz Centroamericano y su convención adicional, suscritos en Wáshington el 20 de diciembre de 1907; las disposiciones del Código Penal de El Salvador relativas a infracción de la neutralidad y las del Código de Instrucción Criminal de la misma República referentes al auto de prisión; así como las enseñanzas de los notables internacionalistas Calvo, Fiore, Bluntschli, Heffer, Martens, Bonfils, Travers-Twis, Wharton, Rivier, Pradier-Foderé y Wheaton. (Informe presentado a la Corte de Justicia Centroamericana por su ex-Presidente Doctor Daniel Gutiérrez Navas, al inaugurarse el segundo período de existencia de aquel tribunal). Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, Tomo III, núms. 1 a 8.

Segundo caso: Dr. Pedro Andrés Fornos Diaz, ciudadano nicaragüense vs. República de Guatemala. Daños causados a su persona y restricciones a su libertad. El tribunal resolvió que era inadmisible la demanda por no haberse agotado los recursos que las leyes de equel país otorgan contra la violación alegada. Anales de la Corte. núm. cit.

Tercer caso: Salvador Cerda, ciudadano nicaragüense vs. Gobierno de la República de Costa Rica. Orden de concentración que dictó contra el demandante. El tribunal resolvió que era inadmisible la demanda por no haberse agotado los recursos que las leyes de aquel país otorgan contra la violación alegada. Anales de la Corte. núm. cit.

Cuarto caso: Felipe Molina Larios vs. Gobierno de Honduras. Demanda con fecha 18 de noviembre de 1913 por prisión ilegal. Sentencia diez de diciembre de 1913, (tres votos contra dos) decidiendo que no era posible tramitar dicha demanda en la forma en que había sido presentada. La doctrina de la corte que quedó confirmada en ese caso es la siguiente: Que para que un particular pueda acudir útilmente a la corte en reclamo contra un Gobierno, es indispensable que haya agotado antes los recursos que las leyes del respectivo país concedieren contra la violación de derecho de que se queja, o demuestre que ha habido denegación de justicia; que es requisito igualmente necesario la presentación de las pruebas pertinentes en relación con el libelo; y que estando expresamente supeditada la jurisdicción de la corte en la materia, al cumplimiento de esas condiciones, tiene ella que examinar en cada caso, antes de darle curso a la demanda, si ésta se ajusta o no a los referidos preceptos. (Arts. II, XIV y XXII de la Convención; 7 y 68 de la Ordenanza de Procedimientos.) Anales de la Corte, núm cit.

Quinto caso: Alejandro Bermúdez contra Gobierno de Costa Rica, diciembre de 1913. Prohibición para entrar a territorio costarricense. Sentencia: 7 de abril de 1914, decidiéndose por tres votos contra dos que la orden del Presidente era legal y que el tratado de 1907 de Wáshington no establecía la completa igualdad o identidad política de los ciudadanos de un país centroamericano en cada una de las otras Repúblicas, según lo aseveraba el demandante. Anales de la Corte, Tomo IV, núms. 9 a 11, 1914.

Sexto caso: Varios ciudadanos centroamericanos impugnan la elección del Presidente de Costa Rica. Demanda, 7 de mayo de 1914. Demandantes, Daniel Escalante (guatemalteco); Antonio Castañeda Aguilera (salvadoreño); Francisco A. Deras (hondureño); Urías Molina (costarricense); y Pedro Poruño (nicaragüense). Sentencia de 3 de julio de 1914 decidió por unanimidad que el asunto por su índole política no era absolutamente del resorte del tribunal y por consiguiente faltaba a éste jurisdicción para conocer de tal asunto. Anales de la Corte, Tomo IV, núms. 11 a 13, 1915.

"The Central American Peace Conference." Report of Mr. William I. Buchanan, Washington, 1908.

siguió por el Gobierno de Honduras contra los de El Salvador y Guatemala, en el cual la parte actora atribuyó cierta responsabilidad a los demandados por supuesta protección concedida al movimiento sedicioso que se produjo en contra del primero de los países citados. Ese asunto fué arreglado satisfactoriamente y puede decirse de una manera imparcial que el Tribunal de Justicia Centroamericano desempeña una altísima misión entre las cinco Repúblicas hermanas y es el árbitro destinado a ser un elemento de paz y de concordia entre ellas. Hay que hacer notar además que su jurisdicción es amplísima, pues conforme al texto del tratado, en el artículo 1, se estableció que las Altas Partes Contratantes se obligaban a someter a aquel tribunal todas las controversias que pudiesen surgir entre ellas, de cualquiera naturaleza y origen que no hubiese sido posible arreglar entre las respectivas cancillerías.

Así pues, los cinco países centroamericanos no sólo han aceptado el arbitraje amplio, sin restricción alguna, sino que tienen ya un tribunal perfectamente establecido y en funciones desde hace más de un lustro.

El último tratado que estudiaremos es el más reciente y firmado en 25 de mayo de 1915, por tres potencias de las más poderosas de Sud América: Argentina, Brasil y Chile. Ese pacto, que viene a afianzar la unión conocida popularmente por el A B C, tiene cláusulas de muchísima importancia y gran significación. En el artículo primero se establece que "las controversias que por cualquiera cuestión originada en lo futuro surgieren entre las tres partes contratantes o entre dos de ellas, y que no hubieren podido ser resueltas por la vía diplomática, ni sometidas a arbitraje de acuerdo con los Tratados existentes o con los que ulteriormente se ajustaren, serán sometidas a la investigación o informe de una Comisión permanente constituida en la forma que establece el artículo 3. Las altas partes contratantes se obligan a no practicar actos hostiles hasta después de haberse producido el informe de la Comisión que establece el presente Tratado o transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 5.

En el artículo 3 se expresa cómo se constituirá la Comisión Permanente (un delegado por cada país), en el cuarto se conviene en que dicha comisión se establezca en Montevideo, debiendo presentar el informe a que se alude en el artículo 1 antes de un año y si no hubiere podido completarse la investigación ni redactarse el informe dentro del término fijado, podrá ampliarse por seis meses más el plazo establecido, siempre que estuvieran de acuerdo a este respecto las altas partes contratantes. Finalmente en el artículo 3 se conviene en que "sometido el informe a los respectivos Gobiernos, o no habiéndose éste producido dentro de los términos estipulados, las altas partes contratantes recuperarán toda su libertad de acción para proceder como crean conveniente a sus intereses en el asunto de la investigación.

De lo anterior se deduce con toda claridad: (1) Que la Comisión Permanente es un tribunal al cual deben acudir los países contratantes para solucionar cualquiera dificultad que entre ellas se suscite; (2) que ese tribunal está encargado de preparar un informe dentro de cierto plazo y no tiene autoridad para pronunciar un fallo sobre la controversia; (3) que sin embargo es evidente que el informe de tal comisión servirá para ilustrar con criterio jurídico cualquier asunto que se someta, aunque sea de índole política o afecte el honor nacional de cualquiera de los países contratantes, y por último que tal comisión permanente es a nuestro modo de ver el ensayo de cuyo éxito dependerá la creación de un verdadero tribunal de arbitraje panamericano.

Insertamos el texto íntegro del tratado por parecernos de mucha trascendencia:

ARTÍCULO 1. Las controversias que por cualquier cuestión originada en lo futuro surgieren entre las tres partes contratantes o entre dos de ellas, y que no hubieren podido ser resueltas por la vía diplomática, ni sometidas a arbitraje de acuerdo con los tratados existentes o con los que ulteriormente se ajustaren, serán sometidas a la investigación o

informe de una Comisión permanente constituída en la forma que establece el artículo 3. Las altas partes contratantes se obligan a no practicar actos hostiles hasta después de haberse producido el informe de la comisión que establece el presente tratado, o transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 5.

ART. 2. Es entendido que lo estipulado en el artículo precedente no restringe en nada ni los compromisos establecidos en los tratados de arbitraje, actuales o futuros, entre las altas partes contratantes, ni la obligación de cumplir los fallos arbitrales en las cuestiones que según esos Tratados hayan sido o fueren resueltas por arbitraje.

ART. 3. Para constituir la Comisión permanente a que se refiere el articulo 1, cada una de las altas partes contratantes designará un delegado dentro de los tres meses después de canjeadas las ratificaciones del presente tratado. Cada Gobierno podrá revocar el nombramiento de su propio delegado en cualquier momento antes de iniciada la investigación debiendo sin embargo, designar el reemplazante en el mismo acto en que se produzca la revocación. La vacante que ocurriere por otras causas será llenada por el Gobierno respectivo y no suspenderá los efectos de las disposiciones establecidas por este tratado.

ART. 4. Las controversias a que se refiere el artículo 1 serán referidas para su investigación e informes a la comisión inmediatamente después que las negociaciones diplomáticas hayan fracasado para solucionarlas. Cualquiera de los Gobiernos interesados en la controversia podrá hacer la convocatoria respectiva para cuyo efecto bastará comunicar oficialmente esta decisión a los otros Gobiernos.

ART. 5. La Comisión Permanente se constituirá en la ciudad de Montevideo dentro de los tres meses después de haber sido convocada y determinará las reglas de procedimiento a que deberá ajustarse en el cumplimiento de su misión. Aun cuando por cualquier causa dicha comisión no pudiera reunirse, una vez transcurridos los tres meses se la considerará constituída para el efecto de los plazos que establece el presente artículo. Las altas partes contratantes suministrarán los antecedentes e informaciones necesarios para la inmediata investigación. La comisión deberá presentar su informe antes de un año a contar desde la fecha de su constitución. Si no hubiere podido completarse la investigación ni redactarse el informe dentro del término fijado, podrá ampliarse por seis meses más el plazo establecido siempre que estuvieren de acuerdo a este respecto las altas partes contratantes.

ART. 6. Sometido el informe a los respectivos Gobiernos, o no habiéndose éste producido dentro de los términos estipulados, las altas partes contratantes recuperarán toda su libertad de acción para proceder como crean conveniente a sus intereses en el asunto de la investigación.

ART. 7. El presente tratado será ratificado y las ratificaciones canjeadas en Río de Janeiro tan pronto como sea posible. Estará en vigor hasta un año después de haber sido denunciado por cualquiera de las altas partes contrantes.

Como lo decíamos al principiar este estudio, las circunstancias actuales permitirán a la América desempeñar el papel más importante tal vez de su vida política. Nadie sabe ni como se rehará el mapa europeo a la terminación de la guerra ni menos aún cuales van a ser los pueblos y las razas sojuzgados por la nación vencedora o mejor dicho por el grupo de naciones que resulte victorioso. En cambio sí podemos asegurar que cualquiera que sea el resultado de esta tremenda conflagración predominará en Europa por mucho tiempo un espíritu belicoso y reacio a la admisión de cualquier principio que tienda a unir esas mismas naciones que hoy se aniquilan en una lucha dantesca. En ese conflicto inenarrable el legado de la civilización se escapará de las manos de Europa para rodar a las de América, siempre que ésta tenga la entereza de recogerlo, venciendo la apatía que siempre amenaza ahogar casi en germen los grandes ideales. Aquí en suelo americano no emponzoñado por el hálito de la venganza es donde a la postre deberán realizarse los más altos principios de justicia y los ideales más levantados que no pueden germinar en un campo inundado con la sangre de todas las razas del Viejo Mundo.

Si una Corte de Justicia Mundial resulta impracticable por la labor del odio, mañana puede ser una realidad la existencia de un tribunal general de arbitraje en América y esa institución será el modelo que con el transcurso de los años vendrán a copiar las civilizaciones más viejas de la Europa para

resolver pacíficamente al fin y siguiendo nuestro ejemplo, sus querellas centenarias.

Ese ideal no es un ideal nuevo; quedó expresado por Bolívar al referirse al Congreso de Panamá y es quizás el que realizará a lo menos para la América el anhelo de Wáshington moribundo que debía recoger piadosamente la posteridad: "Mi último deseo es ver la Guerra, esta plaga de la Humanidad proscrita de la tierra." Y esa guerra cuya visión atormentaba el espíritu del prócer no podía ni compararse siquiera con la tragedia actual, ni para juzgar ésta son suficientemente expresivos los conceptos que le dedicara el profundo psicólogo y novelista Maupassant:

"Reunirse en rebaños de 400,000 hombres, marchar de día y de noche sin descanso, no aprender ni leer nada, no pensar en nada, no ser útil a nadie, podrirse en la suciedad, acostarse en el fango, vivir en un embrutecimiento continuo, pillar las ciudades, quemar las aldeas, arruinar a los pueblos; después encontrar otra aglomeración de carne humana, arrojarse sobre ella, hacer lagos de sangre llanuras de carne amontonada, mezclada a la tierra lodosa y enrojecida, y tener los brazos y las piernas arrancadas, los sesos descubiertos, sin provecho para nadie, y reventar en el rincón de un campo mientras que vuestros ancianos padres, vuestra esposa y vuestros hijos perecen de hambre, he aquí lo que se llama no caer en un odioso materialismo."[1]

Cuando llegue el período de reconstrucción, América consciente de su fuerza moral y llena de los elementos de vida y de riqueza de que Europa estará desprovista, podrá consagrarse al cumplimiento de su altísima misión y entonces por medio del Arbitraje Internacional, que pactado en las cancillerías tenga su ley que lo reglamente y su tribunal que lo sancione, logrará invertir aquel pensamiento de Pascal: "Como no se ha podido dar la fuerza a la justicia, se ha aceptado que la fuerza represente la justicia," dando el Nuevo Continente el apoyo de su fuerza moral al derecho, por medio de la adhesión de cada una de las Repúblicas de América a sus altísimos principios!

The following paper was read by title before the adjournment of this session:

"Historia diplomatica do Brasil francez no seculo XVI; historia diplomatica do Brasil hollandez durante o seculo XVII," by A. G. de Araujo-Jorge.

HISTORIA DIPLOMATICA DO BRASIL FRANCEZ NO SECULO XVI; HISTORIA DIPLOMATICA DO BRASIL HOLLANDEZ DURANTE O SECULO XVII.

Por A. G. DE ARAUJO-JORGE,

Membro da Sociedade de Geographia do Rio de Janeiro.

I.

Nos primeiros annos da sua existencia colonial o Brasil permaneceu desamparado, num absoluto isolamento do mundo. Portugal, preoccupado com a India, cujas riquezas lhe atestavam as arcas do thesouro e ainda sobravam para passear pela Europa a faustosa opulencia asiatica da Côrte lusitana, só de longe em longe distrahidamente volvia os olhos para a remota terra de Sancta Cruz, que o pessimismo de Americo Vespuccio, "o primeiro orgão de descredito da nossa terra," ajudara a relegar para o mais completo olvido. A historia do Brasil, nesse periodo inicial, offerece a monotonia de todas as nomenclaturas: é o cata-

[1] Guy de Maupassant. Cita hecha en la Conferencia sobre "La Guerra" por el Lic. Luis Pérez-Verdía.

logo das intrusões extrangeiras. Poderia capitular-se sob um titulo unico: a defesa obstinada da terra contra a pirataria universal.

Especuladores e aventureiros de todos os paizes aportavam em varios pontos do vasto e mal conhecido littoral, traficando socegadamente com os indigenas que, a trôco de miudezas e quinquilharias, abarrotavam as suas naus de toda a sorte de productos do paiz, vendidos a preços avultados nos mercados europeus.

Os Francezes, attrahidos pelas noticias das riquezas da nova terra, tornaram-se dentro em breve os mais intrepidos promotores desse commercio clandestino. Em 1504 já se assignala a presença dos seus navios na foz do rio Paraguassú na Bahia. Aproveitando-se da desidia do Governo portuguez e da insignificante resistencia offerecida pelos miseraveis colonos disseminados pela vastidão das costas brasileiras, chegaram mesmo a fundar estabelecimentos e feitorias, que facilitassem o escambo com as tribus do interior.

Os armadores de Honfleur, Ruão, Dieppe, La Rochelle e mais tarde do Havre, animados ainda do enthusiasmo que lançara os navios normandos e bretões, antes dos portuguezes e hispanhoes, no encalço de novas terras pelo mar desconhecido, despachavam successivas expedições, umas destinadas a transportar o Brasil utilizado na industria tintureira, que em França passava por um periodo de excepcional prosperidade, outras a capturar os riquissimos galeões portuguezes, pejados de preciosidades da India e das costas d'Africa. Houve um momento em que os navios francezes se espalharam em tão grande numero pelos mares, que puzeram em serio risco o commercio maritimo de Portugal "tractando já de contrabandistas e piratas os navios portuguezes, contra os quaes combatiam quando julgavam facil victoria." Parmentier, um dos mais celebres capitães ao serviço de João Ango, de Dieppe, escrevia que "si o rei Francisco I quizesse afrouxar as redeas aos negociantes francezes em menos de quatro ou cinco annos, estes teriam grangeiado a amizade e assegurado a obediencia dos povos dessas novas terras, e isto sem outras armas que a persuasão e bom comportamento." [1]

A continuidade do trafico estabeleceu desde cedo uma profunda e constante sympathia entre o indio e o Francez, a contrastar com a ogeriza que lhe inspiravam os Portuguezes. Provavelmente, a vivacidade e o bom humor characteristicos dos primeiros impressionavam melhor o selvagem que a rudeza do conquistador lusitano, decidido á tomada e occupação do solo pelos processos heroicos e brutaes, de que já tinha lançado mão na India. Os interpretes normandos, intermediarios preciosos entre os traficantes francezes e os indigenas, installavam-se no Brasil e algumas vezes se identificavam de tal fórma com a sua nova existencia, que recusavam voltar para o seu paiz de origem. Lery conta de interpretes ou linguas, que haviam convivido oito e nove annos entre os indigenas, adoptado o mesmo systema de vida, aprendido a sua lingua e levando não raro a adaptação ao ponto de tomarem parte nos festins canibalescos. Montaigne refere ter tido a seu serviço um homem, que habitara dez a doze annos "en cest autre monde qui a été découvert en nostre siècle en l'endroict ou Villegagnon prit terre, qu'il surnomma la France antarctique."

A qualidade de francez acabou por constituir um verdadeiro passaporte, um titulo de recommendação juncto de certas tribus. Preso pelos Tupinambás, Hans Staden, um allemão de Homberg em Hesse, e que esteve duas vezes no Brasil, conseguiu evitar a morte immediata, a que já estava condemnado, declarando-se francez; o inglez Knivet, em viagem pelo interior do actual Estado de São Paulo, utilizou com exito o mesmo estratagema, assistindo á morte dos seus companheiros portuguezes.

---

[1] Histoire du Brésil Français au seizième siècle, par Paul Gaffarel, pag. 72, Paris, 1878.

O Brasil, os seus productos, os costumes dos seus habitantes tornarão-se então populares em algumas partes da França. Os baixo-relevos da egreja de S. Jacques em Dieppe representam varias scenas da vida indigena do Brasil daquella epocha. Conta Heulhard que um lojista de Ruão, inaccessivel, como legitimo francez, á geographia dos paizes extrangeiros, encimara a porta do seu estabelecimento de madeira com uma taboleta, onde se lia Île du Brésil. E sabe-se que, por occasião da visita feita por Henrique II e Catharina de Medicis a Ruão em 1550, um dos mais curiosos numeros do programma de festejos em honra dos soberanos consistia numa representação de indios, com as suas danças e os seus combates, em que tomaram parte trezentos homens, dos quaes cincoenta eram genuinos habitantes das selvas brasileiras e os restantes escolhidos entre marinheiros e antigos interpretes normandos, perfeitamente familiarizados com a lingua, usos e vida do indigena brasileiro.

Nessa situação tornavam-se inevitaveis os conflictos entre os subditos de Portugal e França. Elles nasceram no dia em que o Governo portuguez sentiu o perigo extrangeiro, que ameaçava a integridade da sua colonia. As primeiras medidas de ordem administrativa, as providencias rigorosas tomadas para atalhar o commercio clandestino, os actos de força a que tiveram de recorrer os Portuguezes para purgar as aguas brasileiras da pirataria normanda, provocaram protestos, pedidos de indemnização, reclamações por parte da França, dando origem nas duas Côrtes a uma serie de negociações, que se prolongaram até ás vesperas de 1580, data da incorporação das Corôas portuguezas e hespanhola.

Essas negociações fornecem uma excellente amostra da natureza da longa lucta entre o monopolio commercial, defendido estrenuamente pelo Governo portuguez, contra o principio, por fim victorioso, da liberdade de navegação sustentado com mais ou menos vigor pelos governos, que não tinham participado directamente do grande movimento de descobertas do seculo XV e encontravam com desapontamento, já distribuidos, os quinhões mais preciosos.

Successivas embaixadas deixam Lisboa em demanda de Paris, e os soberanos dos dous paizes, particularmente Dom João III e Francisco I, porfiam de manha e habilidade na defesa e salvaguarda dos interesses dos seus nacionaes.

As primeiras reclamações levadas ao conhecimento da Côrte de França, pelo intermedio de Jacome Monteiro, embaixador de Dom Manuel, o venturoso, não produziram resultado. Nem Dom Manuel, offuscado pelas magnificencias da sua Côrte e pela miragem fascinante da India, se interessava verdadeiramente pelos destinos do Brasil, nem os Francezes tomavam muito a serio a ingenua e portentosa partilha de Tordesillas, invocada em apoio dos direitos de Portugal.

Conta o chronista Herrera [1] que Francisco I, uma vez, em resposta ás queixas do enviado portuguez em 1516, declarara "que él entendia seguir sus Conquistas y Navegaciones, que de derecho le competian, como á los otros principes de la Christiandad." E noutra occasião, ás impertinentes observações de um enviado do imperador Carlos V, o desabusado soberano francez manifestou-lhe desejo de ler o artigo do testamento de Adão, que repartia a America entre os reis de Portugal e Hispanha, excluindo-o da successão.

É bem possivel que a phrase não tenha sido proferida: mas na sua concisão ella reflecte os sentimentos da epocha em relação ás pretenções portuguezas e

[1] Historia General de los Hechos de los Castellanos en las Islas y Tierra firme de Mar Oceano, escripta por Don Antonio de Herrera, Coronista Mayor de Su Magestad de las Yndias y Leon. Madrid, 1730, Decada VII, Libro I, pag. 14.

hispanholas no tocante ao monopolio commercial sôbre as terras descobertas pelos seus navegantes.

A Dom Manuel succedeu no throno portuguez Dom João III. Ao primeiro, despreoccupado de tudo quanto não fosse o brilho exterior do seu reinado, amante do fausto e da magnificencia, succedia um homen calmo, espirito practico, meticuloso, inimigo das ostentações, governando o seu Reino com o zelo estreito e acanhado de um caixeiro, mas considerando uma tarefa sagrada a conservação do opulento patrimonio territorial recebido dos seus antecessores.

A politica colonial de Dom João III tem sido egualmente exaltada e deprimida pelos historiadores de Portugal e do Brasil: ninguem entretanto poderá contestar que era naquelle momento historico a unica a seguir, ante os primeiros symptomas de decomposição manifestados no gigantesco organismo colonial portuguez.

A magia da India principiara a desvanecer-se. Às vantagens do commercio do Oriente já não compensavam as grandes perdas em homens e os immensos sacrificios de dinheiro. Cerrara-se definitivamente o periodo, em que os capitaes empregados nessas empresas longinquas chegavam a render o juro fabuloso de quinhentos por cento. No reinado de d. Manuel, apezar da prosperidade apparente, surgem os primeiros embaraços financeiros com a instituição da divida consolidada iniciada com a creação dos padrões e de juros reaes.[1]

Dom João III voltou as suas vistas para o Brasil, que até então era notavel "por mui conveniente e necessario para a navegação das Indias." A audacia crescente dos armadores francezes, a sua intenção, mais de una vez manifestada, de fundar estabelecimentos nas costas do Brasil, os continuados assaltos dos navios portuguezes, as repetidas queixas dos colonos, reclamando medidas urgentes e inadiaveis e, para que não dizel-o?, a certeza de que a terra era rica, provocaram a attenção da Corôa.

Um facto veiu precipitar os acontecimentos.

A noticia chegada a Lisboa de que em França o florentino João Verazzano se offerecera a Francisco I para fazer descobertas e que nos portos da Normandia se aprestava uma forte esquadra destinada ao Brasil, decidiu a Côrte portugueza. Dom João III resolveu enviar para Paris um embaixador com o objectivo de combinar o melhor meio de evitar os constantes attritos entre os subditos das duas nações e, ao mesmo tempo, solicitar a restituição das tomadias feitas aos Portuguezes pelos navios da França lembrando a Francisco I "quam alheyo era de tam antiga hirmandade roubarem-se os vassalos e matarem-se huns aos outros como enemigos, onde quer que se topavão no mar."[2]

A escolha recaiu em Dom João da Silveira, mixto de soldado e diplomata, cujos prestimosos serviços na India e uma missão diplomatica em França na Côrte de Luiz XII, o tinham recommendado á confiança de Dom João III. Recebidas as instrucções constantes do regimento de 5 de Fevereiro de 1522, o embaixador "não tardou mais em se partir que o tempo que lhe foi necessario para se fazer prestes."

O enviado portuguez foi recebido em Paris com todas as honras e mostras de cordialidade, mas acêrca dos negocios de que ia encarregado só obteve de Francisco I respostas dilatorias, mais apparentes que decisivas, as quaes tendiam antes a dilatar as negociações e a entreter tempo que a conclui-las.

Entretanto, a missão, no comêço, parecia ter tido o mais complete exito. Conseguira retardar a expedição do florentino Verazzano e, o que constituia o

[1] Portugal nos mares. Ensaios de critica, historia e geographia, pag. 115, Lisbôa, 1889.

[2] Annaes de El-rey Dom João Terceiro, por Fr. Luiz de Souza, publicados por A. Herculano, pag. 88, Lisbôa, 1848.

principal objecto das instrucções, obtivera a ordem de restituição de algumas tomadias e presas illegitimamente feitas pelos Francezes. Francisco I estava inclinado a tomar medidas, que atalhassem as violencias commettidas no mar pelos seus subditos. O rei de Portugal, encantado com a facilidade com que todas as difficuldades se tinham composto, determinou mesmo recolher seu embaixador, encarregando em Paris a Pedro Gomes Teixeira e ao mestre Diogo de Gouveia de remover quaesquer embaraços supervenientes e assistir os Portuguezes nas sus demandas e reclamações.[1]

Noticias contristadoras vinham tirar Dom João III dessa illusão e prepara-lo para todas as decepções futuras. A situação critica em que se encontrava o rei de França tornava impossivel o cumprimento do ajustado. "Os protestos energicos da burguezia contra os seus pedidos incessantes de dinheiro em fins de 1522; os meneios perfidos do duque de Bourbon no anno seguinte, meneios que tinham por fim parcellar a França em beneficio proprio e de seus alliados, o rei de Inglaterra e Carlos V de Hispanha: e as expedições malaventuradas na Italia, em que morreu Bayard, rematadas com o desastre formidavel de Pavia, constituiam embaraços assaz graves para não consentir que a attenção de Francisco I se volvesse a outro assumpto que não fosse a segurança do seu throno e a conservação dos seus Estados."

Essas complicações e embaraços na administração interna da França estimulavam os piratas e corsarios que, sentindo-se fóra do alcance da fiscalisação directa e immediata das autoridades distrahidas com os acontecimentos politicos, se entregavam com mais ardor a toda a sorte de violencias no mar.

E o Governo, que participava indirectamente das vantagens das tomadias, incapaz de impedir por medidas energicas a continuação desse estado de cousas, contemporizava, de braços cruzados, fazendo promessas vagas, logo caidas no olvido.

A Dom João III não escapava a gravidade da situação. As depredações e assaltos que se realizavam por toda a parte punham em constante risco o commercio maritimo de Portugal. Em fevereiro de 1526 era avisado pelo seu embaixador de que nos portos da França se armavam numerosos navios contra Portugal. A audacia dos ladrões crescera de maneira assombrosa; já não havia segurança nos mares infestados; galeões e bergantins, acuculados de preciosidades ultramarinas, viajavam de conserva, sob a guarda de naves poderosamente artilhadas de canhões roqueiros, bombardas e falconetes, promptos a lançarem sobre o adversario uma saraivada de pedras, bombas e pelouros, ao grito tradicional do capitão encarapitado no chapiteu: *Jesus! S. Thomé! Ave Maria!*

Que valia insistir com a Côrte de França? Pedir a restituição das fazendas apprehendidas importaria negociar indefinidamente, sem resultado pratico. Jacome Monteiro, que fôra embaixador de Dom Manuel em Paris e estava familiarizado com todas essas negociações, convidado por Dom João III a manifestar-se sobre o assumpto, lavrou um parecer desanimador, abundando nas mesmas considerações.

O esperimentado diplomata dizia sem rebuços que era tempo perdido reclamar a restituição de bens apprehendidos pelos corsarios e piratas francezes "por haverem sido estas fazendas ha muito repartidas por gentes pouco afeitas a restituir o alheio, muito mais tendo todas aquellas presas ido parar ás mãos de el-rei de França e ás de seu almirante e officiaes, os quaes as tinham man-

[1] Chronica do muyto alto e muyto poderoso Rey destes Reynos de Portugal Dom João o III deste nome, composta por Francisco d'Andrada. Tomo I, pags. 42–43, Coimbra, anno de 1796.

dado vender publicamente, apropriando-se o dicto monarcha do producto da venda com o pretexto de que havia mister aquelle dinheiro para as guerras de Italia e de Inglaterra." E accrescentava que embora "se provasse a illegalidade das mencionadas tomadias, nunca se nos restituira o valor; porque seria mister ou que el-rei de França o pagasse ou que o fizesse pagar aos que as tinham feito, o que em ambos os casos abriria margem a demandas interminaveis, que nunca se decidiriam a favor dos Portuguezes."[1]

A essas razões poderosas de Jacome Monteiro accrescente-se a ultima communicação de João da Silveira, em fins de 1527, de que o florentino Verazzano partiria no anno seguinte com cinco naus "a um grande rio da costa do Brasil. Parece que farão ahi pé e depois irão por deante . . . . . Não se está cá nada bem com se querer defender o Brasil."

Todas estas circumstancias decidiram o rei de Portugal a tomar medidas extremas. Só a fôrça poderia fazer valer os direitos da Corôa e os interesses do seu commercio ultramarino. Uma flotilha confiada a Christovão Jacques, investido do titulo de governador das terras do Brasil, foi encarregada de cruzar nas aguas brasileiras e dar caça sem treguas aos navios de qualquer nacionalidade, que se entregassem ao trafico clandestino. Tres naus francezas foram destruidas, seu carregamento aprisionado e trezentos homens da tripolação trazidos depois para Lisboa.

Os prejudicados não tardaram em reclamar contra o acto de Christovão Jacques. O governador da Bretanha, conde de Laval, recebeu dos armadores uma representação contra o procedimento dos Portuguezes, atacando os navios francezes, quando os dous paizes mantinham as mais cordiaes relações de amizade. Pediam ao governador para encaminhar ao rei uma petição, na qual requeriam justiça, sob a forma de uma carta de marca no valor de sessenta mil cruzados, para se indemnizarem das perdas soffridas. O requerimento dos armadores foi longamente fundamentado; as testemunhas inquiridas contavam o ataque inopinado dos Portuguezes aos navios francezes, que commerciavam tranquillamente pelo littoral brasileiro, a deshumanidade com que foram tractados os tripolantes sobreviventes, enforcados uns, e suppliciados com requintes de crueldade os que não conseguiram internar-se pelas mattas.

O mestre d'armas Helies d'Alesgle d'Angouleme foi mandado a Lisboa por carta de 6 de Septembro de 1528, onde chegou em principios do anno seguinte, sendo logo recebido pelo rei em audiencia solenne. A sua missão não teve resultado apreciavel: em vão o enviado francez se queixou das violencias commettidas no Brasil contra os subditos do seu paiz. Em vão apresentou o protesto baseado no inquerito mandado proceder pelo conde de Laval. Um *Verei tudo* era a resposta invariavel de Dom João III ás continuas solicitações do embaixador durante os dois longos mezes decorridos desde a sua chegada.

Descoroçoado com a absoluta indifferença do rei Helies d'Alesgle se limitou a reclamar a restituição dos seus documentos, havidos a muito custo pelo intermedio do mestre Diogo de Gouveia que lhe disse ao entrega-los: "Cuidaes haver dinheiro? o rei vosso Senhor deve a el rei de Portugal e aos Portuguezes mais de quatrocentos mil cruzados de que os Portuguzes foram roubados."

Não ha sensurar o procedimento de Dom João III e dos seus conselheiros deante da absoluta indifferença da Côrte de França ás reclamações de Portugal.

[1] Quadro elementar das relações politicas e diplomaticas de Portugal, pelo Visconde de Santarem, Tomo III, pags. 223–224, Paris, 1843.

Gomes de Carvalho[1] no seu erudito estudo sobre as negociações dessa epocha, contesta a Dom João III o direito de impedir a navegação dos Francezes nas aguas portuguezas, de exclui-los do commercio nas suas colonias e de empregar violencias contra os navios que fossem encontrados nesse pacifico mister. O digno historiador portuguez pensa que só os actos de pirataria mereciam o tractamento desapiedado e brutal infligido por Christovão Jacques aos traficantes francezes que encontrou nas costas do Brasil, mas exquece que naquelles tempos os actos de commercio legitimo se confundiam tão facilmente com o trafico clandestino, que era de melhor aviso impedir de vez e por quaesquer meios a navegação do commercio de extrangeiros nas terras de sua propriedade.

O mallogro da embaixada de Helies d'Alesgle devia ter irritado a Francisco I. Sómente, as circumstancias difficeis em que este se encontrava não lhe permittiam dar demaziado vulto ás impertinencias de Dom João III. Desde de 1526, os filhos do rei de França estavam encarcerados na Hispanha, em troca da liberdade do pae, que fôra feito prisioneiro na desastroza batalha de Pavia. Francisco I não dispunha na occasião de recursos para comprar-lhes a liberdade, que Carlos V arbitrara em um milhão e duzendos mil escudos.

Nessa conjunctura, lembrou-se de recorrer a Dom João III afim de que este, mediante um emprestimo, completasse aquella somma. Nomeou logo um embaixador, Pedro de la Garde, com plenos poderes para liquidar o negocio do dinheiro e, ao mesmo tempo, resolver as questões pendentes entre as duas Côrtes e, accordando num meio honroso de pôr termo ás constantes violencias practicadas no mar pelos subditos de um e outro paiz. Pela primeira vez Francisco I, com o intuito de acautelar os interesses dos seus armadores suggeria a creação de um tribunal internacional destinado a ouvir os queixosos e resolver sem appellação as demandas suscitadas entre Portuguezes e Francezes.

Todos os bons desejos de Francisco I inutilizaram-se ante a resistencia do rei de Portugal, que tinha motivos obejos para desconfiar da sinceridade dessas promessas. Desejando aproveitar-se da situação difficil em que se encontrava o rei de França, Dom João III fez saber que estaria disposto a emprestar cem mil cruzados e que os restantes poderiam ser reclamados dos Francezes, que tinham despojado os Portuguezes e cuja importancia total montava a muito mais de quinhentos mil. Depois, suggeriu uma serie de medidas

[1] Dom João III e os Francezes, por M. E. Gomes de Carvalho, Lisbôa, 1909. É o livro mais completo sobre as negociações diplomaticas entre Portugal e a França, nascidas das primeiras intrusões dos negociantes bretões e normandos no littoral do Brasil. Os documentos historicos ineditos, extrahidos dos archivos de Torre do Tombo, são utilizados com o mais rigoroso escrupulo na restauracão de varios aspectos das Côrtes de Francisco I e Dom João III e o estudo das relações internacionaes entre os dois paizes no seculo 16, quando os principios do direito das gentes apenas se esboçavam e as grandes difficuldades de transportes e meios de communicação tornavam summamente complexa a mais simples missão em paiz extrangeiro. Si alguma censura se poderia fazer ao livro notavel de Gomes Carvalho, seria a extrema benevolencia com que tracta a Francisco I e a sensivel antipathia que lhe inspira a figura de Dom João III, julgada com uma severidade, que diriamos contemporanea, por exquecer o meio historico em que o grande rei colonizador foi chamado a exercer a sua actividade. Mas esta ligeira falta, si é que isto constitue uma verdadeira falta, é largamente compensada por uma serie de qualidades não vulbares em auctores que se dedicam a esses assumptos: copiosa documentação, perfeita intimidade com todos os vultos que tomaram parte nas longas e laboriosas negociações entre as duas Côrtes, zêlo da exactidão historica, escrupulo na utilização dos documentos e seriedade na analyse critica dos factos submettidos ao seu exame.

Veja-se tambem "As primeiras negociações diplomaticas respectivas ao Brasil," por Francisco Adolfo de Varnhagen, nas Memorias do Instituto Historico e Geographico Brasileiro, Tomo I, pags. 89–117; e a monographia de Oliveira Lima, "O descobrimento do Brasil, suas Primeiras explorações e negociações diplomaticas a que deu origem," no Tomo I do Livro do Centenario (1500–1900).

tendentes á manutenção do monopolio commercial do seu paiz: impedição de navegarem os navios francezes nos dominios coloniaes de Portugal, restituição das presas aos Portuguezes, prohibição de capturarem os Francezes navios ou mercadorias pertencentes aos Portuguezes.

Conta Gomes de Carvalho que o enviado de Francisco I prometteu tomar nota de todas as clausulas propostas, mas, antevendo a recusa formal do seu soberano, suggeriu que a memoria fosse apresentada directamente pelo embaixador portuguez em Paris.

Assim se fez.

Dom João da Silveira foi auctorisado a submetter ao rei de França as propostas portuguezas, previamente examinadas pelo mestre Diogo de Gouveia, que procurou tanto quanto possivel attenuar o character humilhante de algumas das exigencias nellas contidas.

Sem embargo das investigações feitas nos archivos portuguezes, não consta o teor da resposta.

Os acontecimentos ulteriores nos induzem a crer que ella foi negativa.

Um facto veiu revela-lo.

Em 1529 um barca e um galeão, batidos pêlos ventos, aportaram a Lisboa, sendo logo aprisionados pela esquadra guarda-costa portugueza. A carga, cômposta de productos de origem americana, apresentava indicios evidentes de pertencer a hispanhoes e de ter sido capturada pelos piratas francezes. Foi logo confiscada afim de ser restituida aos seus legitimos proprietarios, e os marinheiros francezes, que se verificou estarem ao serviço de João Ango, foram entregues ás justicas do reino, que os condemnaram á morte. A sentença não foi executada: "Dom João III, ou porque receiasse azedar o animo de Francisco I, ou porque esperasse conquistar com a generosidade o auxilio do soberano francez na repressão da pirataria dos subditos, entregou-os a Henri de Cais, embaixador francez, que assim lho pedira."

As consequencias desse procedimento não se fizeram esperar.

Restituidos ao seu paiz, os normandos expuzeram o succedido a João Ango que, indignado com o procedimento das auctoridades portuguezas, se dirigiu a Francisco I e obteve a 27 de Julho de 1530 uma carta de marca, auctorizando-o a atacar os navios portuguezes e indemnizar-se dos prejuizos soffridos na importancia de duzentos e vinte mil ducados.

A carta de marca expedida em favor de João Ango era um meio de legalizar todas as violencias commettidas contra o commercio maritimo de Portugal.

A Côrte sobresaltou-se com a noticia. As proezas do formidavel ladrão do mar corriam de bocca em bocca. Ainda estava na lembrança de todos a atrevida captura dos thesouros de Montezuma, expedidos por Cortez a Carlos V.

As primeiras victimas de João Ango foram os navios portuguezes que, de passagem para a Flandres, demoravam nos portos da França e eram detidos e confiscados sem outras formalidades.

Dom João III sentiu toda a gravidade da situação. Não se deixou arrastar por medidas impensadas. Agiu com uma calma e prudencia, que bem mostrava o seu character avisado e reflectido. A Legação não fôra preenchida por morte de João da Silveira, em 1530, depois de oito longos annos de bons serviços. Tornava-se necessario mandar um novo embaixador. O Conselho do rei, convocado para esse fim em Monte, Mor-o-Novo, onde se achava então a Côrte, discutiu largamente o assumpto e por fim decidiu mandar nessa delicada missão um valido do rei, homem de sua absoluta confiança, o vedor da Fazenda, Dom Antonio de Athayde, depois duque de Castanheira, secretariado pelo Dr. Gaspar Vaz.

As instrucções, datadas de 24 de Abril de 1531, continham uma infinidade de recommendações, mas o objectivo principal da negociação era revogar a carta de marca, ainda que fosse mediante uma indemnisação em dinheiro. Tambem estava o negociador auctorisado a entender-se directamente com João Ango, si de todo fosse impossivel um accordo directo de Governo a Governo.[1]

A missão era na realidade espinhosa, mas Dom João III tinha motivos para acreditar em seu completo exito. Carlos V, que não esquecera o procedimento das auctoridades portuguezas capturando as naus hespanholas, que tinham sido aprisionadas pelos prepostos de João Ango, mandou á Côrte de França um capitão da sua guarda, Sr. Corvaron, com o unico objectivo de auxiliar a missão de Antonio Athayde.

A obra de Fernando Palha trata somente da primeira carta de marca expedida em favor de João Ango a 27 de Julho de 1530, a qual não se refere ao Brasil. Este opusculo, documentado com uma seriedade e um escrupulo que honram a lealdade intellectual do notavel bibliographo portuguez, ataca uma tradição segundo a qual o famoso João Ango, para vingar-se sôbre os Portuguezes da captura de navios de sua propriedade, equipou uma poderosa frota que bloqueiou o porto de Lisbôa e devastou a barra do Tejo, até que embaixadores do rei de Portugal, carregados de presentes e de desculpas, foram mandados entender-se directamente em França no proprio palacio do capitão dieppez. Os documentos ineditos, publicados em appendice, no livro de Fernando Palha, restauram a verdade dos acontecimentos, destramando de vez a urdidura romanesca desse episodio vulgar admittido mesmo por escriptores francezes pouco escrupulosos. O famoso bloqueio fica reduzido ao apresamento de meia duzia de navios portuguezes, que descuidadamente entravam nos portos da França em demanda de Flandres, e ao equipamento de dez navios que foram cruzar nos Açores á espera dos galeões da India. Essa tentativa mallogrou-se graças á habilidade de Antonio de Miranda, capitão da armada portugueza, que desbaratou as forças do famoso corsario.

Francisco I não se manifestou disposto a modificar o seu acto. Na primeira audiencia, concedida ao embaixador portuguez, declarou-lhe que a concessão de cartas de marca não constituia um acto pessoal do soberano, mas emanava do seu Conselho e que sómente este poderia revogal-as.

Dom Antonio de Athayde, cauteloso, mudou de tactica: procurou entender-se com o almirante Philippe Chabot, o qual, mediante uma gratificação de dez mil cruzados, se prestou da melhor vontade a intervir com os seus bons officios nas negociações com a Legação portugueza.

As negociações correram rapidas.

A carta de marca foi finalmente revogada por sessenta mil cruzados pagos a João Ango, que em acto escripto desistiu de todos os direitos que lhe eram conferidos pela mesma. E o almirante assegurou a Dom Antonio de Athayde que obteria de Francisco I uma carta autographa para Dom João III. declarando revogadas todas as cartas de marca expedidas até então e promettendo submetter ao exame de uma commissão arbitral todas as que tivessem de ser expedidas a partir daquella data.

De posse desses resultados, Dom Antonio de Athayde, jubiloso, escreveu para Lisboa, dando conta do resultado. Não obstante as hesitações de Dom João III, que não parecia disposto a subscrever os termos do concerto negociado pelo seu embaixador, tudo ficou ultimado.

---

[1] A Carta de marca de João Ango. Exposição summaria dos factos extrahida de documentos originaes e ineditos, por Fernando Palha. Lisbôa, 1882.

O embaixador deixou a Côrte de Francisco I, esforçando-se antes por obter de Francisco I a confirmação escripta do contracto celebrado pelo Almirante Chabot com João Ango, e partiu para Portugal.

Na ausencia do embaixador, os acontecimentos tomavam outra feição. O zêlo de Chabot, estimulado por presentes riquissimos e sommas de dinheiro, e a fiscalização rigorosa que elle fazia exercer nos portos da França, conseguiram por algum tempo reduzir o numero das viagens ás colonias portuguezas. Mas tiveram de ceder por fim ante os reclamos das populações maritimas da Normandia, que se queixavam amargamente da protecção dispensada aos Portuguezes em prejuizo dos armadores francezes. Gaspar Vaz, que ficara em Paris durante a ausencia do embaixador, não perdia de vista os movimentos dos interessados na continuação das viagens ultramarinas. E em carta de 19 de Outubro de 1551 avisava a Dom João III que, sem embargo dos mais solennes compromissos, partiam navios clandestinos de varios portos da França, e, desalentado, declarava "que não via outro remedio si não os mandar el rei metter no fundo, com que ficariam escarmentados os que pretendessem andar naquelles tratos."

Emquanto as duas Côrtes se esforçavam para compôr amigavelmente as difficuldades provocadas pelas depredações e violencias commettidas pelos seus subditos, chegavam do Brasil noticias pouco tranquillizadoras.

Martim Affonso de Sousa recebêra o commando de uma nova expedição portugueza destinada ao Brasil. Partira investido de plenos poderes para tomar posse dos territorios comprehendidos na linha de demarcação entre as colonias de Portugal e Hispanha, dar em sesmaria as terras que julgasse conveniente, organizar o governo e a administração da colonia. Tres naus francezas, encontradas nas immediações de Pernambuco, foram logo aprisionadas, emquanto parte da esquadra, sob o commando de Pero Lopes, destruia uma fortaleza provisoria mandada construir em Pernambuco pelo commandante de uma nau franceza, *La Pélerine*, a qual, illudindo a vigilancia dos Portuguezes, conseguira fazer-se de vela para Marselha com um riquissimo carregamento de productos brasileiros.

Para ainda mais complicar a situação, a mesma nau *La Pélerine*, armada pelo commandante da esquadra franceza no Mediterraneo, Bertrand d'Ornesan, barão de Saint-Blancard, foi aprisionada á entrada do estreito de Gibraltar, pela esquadrilha portugueza incumbida de vigiar e perseguir os navios francezes suspeitos, o seu carregamento confiscado e a tripulação encarcerada e depois remettida para Lisboa.

Todas estas complicações actuaram fundamente no espirito de Dom João III, que entrou a se preoccupar seriamente com o problema da colonização do Brasil e com os meios de activar o povoamento e occupação da terra. Foi adoptado o expediente de dividir o vastissimo territorio em varios lotes, enfeudados a diversos donatarios, investidos de poderes quasi soberanos. Esse alvitre fôra suggerido pelo notavel portuguez Diogo de Gouveia, director do Collegio de Sancta Barbara em Paris, onde desde 1513, pela variedade dos seus conhecimentos e grande numero de amizades na sociedade e na alta administração franceza, prestava inestimaveis serviços aos enviados portuguezes, encarregados de discutir as infindaveis questões de presas e tomadias.

Ao mesmo tempo que se tomavam medidas sérias em relação ao Brasil, Dom João III não esquecia a situação do commercio maritimo portuguez. Em 1533, Bernardim Tavora foi mandado a Paris sob o pretexto apparente de felicitar o rei de França pelo casamento de seu filho, o futuro Henrique II, e cumprimentar a rainha Leonor pelo seu restabelecimento, mas na realidade encarregado de grangear a sympathia dos altos personagens da administração da França pelos

interesses de Portugal cada vez mais compromettidos pelas violencias dos corsarios no mar.

Bernardim Tavora nada conseguiu. Mercadorias francezas começaram a ser sequestradas mesmo em portos francezes, em represalia ao procedimento dos navios de Martim Affonso de Sousa no Brasil. E a attitude ameaçadora de Francisco I, que declarou estar disposto a expedir novas cartas de marca, apressou a saida de Bernardim Tavora, sendo logo substituido por um homen notavel, o feitor de Flandres Rui Fernandes.

O capitulo principal das instrucções dadas ao novo enviado em Maio de 1534 versava sobre a creação de um tribunal para decidir as reclamações resultantes de violencias commettidas no mar pelos subditos de um e outro paiz. Francisco I, que já tinha suggerido o expediente de um juizo arbitral, por occasião das negociações relativas ao emprestimo para auxiliar o resgate dos filhos, mostrou-se disposto a entrar nas vistas do novo embaixador portuguez.

Um tribunal de presas foi instituido por decreto de 22 de Março de 1535 e composto de quatro membros designados pela França e Portugal, e que se reuniriam em Bayona e Fuenterabia. As decisões seriam irrecorriveis, e, no caso de divergencia, um quinto magistrado, escolhido de commum accordo, seria convidado a optar por um dos pareceres.

No intuito de cercar de todas as garantias o commercio dos dois paizes, Rui Fernandes assignou a 14 de Julho de 1536 um tratado, em virtude do qual ficavam livres e communs aos vassallos de ambas as Corôas os portos de França e de Portugal e se prohibia, sob pena de confisco, que navios portuguezes transportassem mercadorias pertencentes aos subditos de Carlos V ou que negociantes de Portugal se utilizassem de naus hispanholas para transporte de suas fazendas.

Estas sábias disposições eram de natureza a salvaguardar os interesses do commercio. Mas ao espirito de Rui Fernandes ellas não eram completas. Era necessario prohibir terminantemente as viagens ao Brasil e outras colonias portuguezas. Francisco I, a quem não passaram despercebidos a sinceridade do embaixador portuguez e o enthusiasmo com que trabalhava para o restabelcimento das bôas relações entre as duas Corôas, correspondia aos seus bons desejos com a mesma sympathia: "pouco depois, ensina Gomes de Carvalho, prohibia aos seus vassallos as navegações ao Brasil e á Malagueta e as aggressões no mar aos Portuguezes. Em consequencia de queixas de Rui Fernandes ordenou mais ás justiças que, mediante processos summarios, tractassem de haver as presas que os subditos acabavam de empolgar aos de Portugal para as restituirem aos seus donos e punirem severamente os quebrantadores da amizade."

Tão bôas disposições infelizmente não deviam durar muito tempo.

A instituição do Tribunal de Presas veio perturbar a cordialidade dessas relações. Francisco I nomeou seus delegados, que não tardaram em partir para Bayona conforme ficara convencionado. Mas o Governo portuguez, desconfiado da sinceridade dos Francezes que continuavam nas costumadas tropelias no mar a despeito dos tratados, só em principios do anno de 1538 enviou os seus representantes.

Os primeiros trabalhos corriam regularmente, não obstante as difficuldades oriundas do exame de tantas pendencias, suscitadas ha tantos annos, mortas as partes algumas vezes. Por fim uma divergencia entre os delegados de Portugal e da França degenerou em discussão violenta, resultando d'ahi a suspensão das sessões do Tribunal.

Nesse intervallo, o escandaloso processo movido contra o Almirante Chabot veiu inutilizar todos os esforços de Rui Fernandes. O condestavel de Mont-

morency e o chanceller Poyet, estrenuos adversarios do monopolio commercial portuguez, denunciaram os processos tortuosos que empregara o almirante nas negociações com os enviados de Dom João III, accusando-o de ter recebido presentes e dinheiro para favorecer a causa de Portugal.

Instaurado o processo, o almirante francez foi condemnado em 1541 a prisão e á perda de honra e bens.

Houve uma reviravolta na politica colonial.

Annullou-se a prohibição de viajar para o Brasil, e aos 13 de novembro de 1540 foram novamente permittidas as navegações ultramarinas. "Suspenso o Tribunal e restabelecida a liberdade de navegação renascia a era de conflictos e de angustias, que o embaixador estava em caminho de corrigir por meio de sincera amizade de Portugal com a França."

Rui Fernandes ainda tentou obter a revogação da licença para as viagens transoceanicas. Iniciou uma activa politica de suborno. Todas as pessoas da Côrte, que podiam exercer influencia no animo de Francisco I, receberam presentes valiosos. O proprio condestavel Montmorency, que se mostrara tão severo com o Almirante Chabot, a rainha Dona Leonor, o cardeal de Lorena, a duqueza d'Etampes, favorita do rei, se esforçaram em vão junctos de Francisco I para obter a annullação da ordem. Prevaleceu o principio da liberdade dos mares, ardorosamente patrocinado pelo chanceller Poyet, cuja opinião pesava agora nos Conselhos da Corôa.

Rui Fernandes deixou a embaixada, que servira com tanta competencia e tão esclarecido zêlo durante cinco annos. O seu successor, Dom Francisco de Noronha, sobrinho de Dom João III, nada poude fazer. As viagens corriam animadas e numerosas: "Ninguem ousava pleitear os interesses mais legitimos de Portugal, como a defesa dos seus desventurados marinheiros contra os piratas de França, nem até approximar-se do agente portuguez, com o receio da eiva de corrompido."

Praticamente, Dom João III verificara que de nada valiam promessas e tratados.

Os francezes estimulados pelas luctas continuas entre Francisco I e Carlos V, se obstinavam em armar clandestinamente navios em seus portos e a commetter depredações por toda a parte.

Uma nova carta de marca expedida em favor de João Ango a 3 de fevereiro de 1543 veiu lançar em sabresalto a Côrte portugueza.

Expediu-se a toda pressa novo embaixador para Paris: Dom Gonçalo Pinheiro, bispo de Tanger, e antigo delegado de Portugal no Tribunal de Bayona, Felizmente as complicações internacionaes, em que a França se viu envolvida, facilitaram consideravelmente a tarefa da diplomacia portugueza: a lucta entre Francisco I e Carlos V terminou pelo tratado de Crepy, de 18 de Setembro de 1544.

Numa clausula obtida por solicitação de Dom João III, estipulava-se a revogação das cartas de marca contra Portugal e a prohibição de se conceder novas.

E tres annos depois, o acto de 27 de fevereiro de 1547 vinha fortalecer essa resolução, renovando a revogação e estatuindo a creação de um tribunal para julgar as reclamações formuladas pelos prejudicados de ambos os paizes, no prazo de dois annos.

Não obstante essas boas disposições do Governo da França, as expedições para o Brasil continuavam. Uma frota de 28 navios partira do Havre a 22 de Abril de 1546 com destino ao Brasil, de onde chegavam constantemente reclamacões contra os flibusteiros, cuja audacia continuava a ameaçar a integridade territorial das capitanias.

Azoinavam o rei com reclamações: Duarte Coelho, donatario de Pernambuco, em uma carta amarga queixava-se de que as constantes ameaças dos francezes não lhe permittiam internar-se pelo sertão em busca de ouro, conforme era seu desejo. Em Todos os Sanctos, Francisco Pereira Coutino foi obrigado a abandonar sua capitania, caindo tudo em mão dos Francezes, os quaes, de parceria com os indigenas, já tinham extendido o seu commercio até o Cabo Frio e Rio de Janeiro.

Com a morte de Francisco I em 31 de março de 1547, Henrique II foi elevado ao throno e o condestavel Montmorency chamado aos Conselhos da Corôa. As primeiras medidas do novo Governo em relação ao commercio com as colonias portuguezas denunciavam nova orientação da politica colonial franceza. Por acto de 20 de Outubro de 1547 foram officialmente prohibidas as viagens e expedições francezas aos dominios ultramarinos do rei de Portugal, "á nulles terres descouvertes par les portugallois."

Dom João III respirou.

Fez retirar de Paris seu sobrinho Dom Francisco de Noronha e Dom Gonçalo Pinheiro, mandando em seu logar o licenciado Braz de Alvide para assumir a Legação e assistir os reclamantes portuguezes juncto do Tribunal de Presas. Recommendou-lhe muito especialmente a fiscalisação do movimento maritimo nos portos da França.

Alem disso, devia o novo embaixador procurar grangear as sympathias e boa vontade dos juizes, com todo o tacto e discreção, "afim de que, explicava cautelosamente o regimento, não damne o negocio nem seja escandalo aos Francezes, os quaes, de sua natureza, se alteram com muito pequenas causas."

Feito isto, tractou Dom João III de modificar o systema de colonização adoptado no Brasil. As capitanias hereditarias não deram os magnificos resultados que anteriormente nos Açores e Madeira. Tornou-se necessario instituir um Governo central, afim de assegurar a unidade politica nas capitanias isoladas umas das outras, e estabelecer regras uniformes de administração, refreiar os desmandos e abusos dos donatarios e, mais do que tudo, tornar effectivas a guarda e a propriedade da terra, constantemente ameaçada pelas intrusões dos Francezes, Inglezes e até Hispanhóes. Ainda em maio de 1548, Luiz de Goes escrevia de S. Vicente a Dom João III: "Venha Vossa Alteza em nosso auxilio: em breve esta terra se perderá: os Francezes, que a tomarem, tomarão depois a Africa e irão atacar a Asia portugueza."

Foi posta em execução a idéa de um Governo Geral, com séde na Bahia. Em dezembro de 1548 Thomé de Sousa, investido do titulo de governador geral do Brasil, inaugurou a nova administração. Partiu para o Brasil accompanhado das primeiras auctoridades civis: um ouvidor-mor, um procurador e um capitão-mor das costas, bem como de seis Jesuitas, sob a direcção do Padre Manuel da Nobrega, encarregados da cateche-se dos indigenas.

Emquanto Dom João III, aproveitando este periodo de relativa calma, voltava as suas vistas para o Brasil, a guerra entre a Hispanha e a França em 1552 dava origem a novos conflictos no mar. Os corsarios não respeitavam os navios portuguezes, que se dirigiam tranquillamente para Antuerpia, e atacavam-n'os sob o pretexto de que eram destinados a abastecer os portos imperiaes em Flandres. Braz de Alvide reclamava em vão contra as violencias. Em resposta Henrique II, que bem se sentia incapaz de conter os seus subditos no mar quando a guerra se declarava em terra, promettia providenciar afim de que fosse garantida aos Portuguezes a navegação directa entre os portos de Portugal e França.

Um golpe mais serio se preparava contra Portugal.

Dous viajantes francezes, André Thevet e Guillaume de Testu, chegados em Dieppe, em Julho de 1552, contavam cousas maravilhosas do Brasil.

As suas narrativas sôbre a situação dos Francezes no Brasil e as possibilidades de activar as relações commerciaes da França com essas riquissimas terras, decidiram Henrique II a fundar alli um estabelecimento colonial permanente.

Um homem adeantara-se aos desejos do rei: Villegaignon, vice-almirante da Bretanha.

Nascido ao influxo da França aventurosa e cavalheiresca do seculo XVI, Villegaignon transitara por todas as profissões: soldado, diplomata, marinheiro, escriptor, "um dos escriptores latinos mais claros e elegantes do seculo XVI," no sentir de Bordier. Florejava a penna tão destramente quanto brandia o montante. Não o incompatibilizava com os puros prazeres da intelligencia a bruteza do seu physico: a constituição athletica, as mãos enormes, gadelhudas, um torso de Hercules, dando-lhe o aspecto de um arrais abrutalhado e denotando a fereza bravia do seu temperamento.

Antes de se aventurar á expedição do Brasil, se ensaiara num longo tirocinio de heroismos. Todas as empresas arrojadas da sua epocha, glorificadoras da força bruta, dos arrancos de bravara, encontraram sempre no primeiro plano a figura gigantesca do cavalleiro de Malta. Assignalara-se na desastrosa expedição de Carlos V a Alger. Foi um dos mais estrenuos paladinos de Henrique II na tentativa de conversão da Escocia ao catholicismo. Participou das luctas da Europa contra o Turco. E quando tudo parecia indicar o termo desta vida tumultuosa eis que um dia, em Brest Villegaignon, encandeiado com as narrativas dos esplendores do Brasil, acreditou-se destinado a fundar naquellas remotas terras um reino onde reflorissem, mais vivazes ao sol dos tropicos todas as glorias da França.[1]

A expedição de Villegaignon constitue o mais illustrativo commentario da natureza das relações diplomaticas entre as Côrtes de Portugal e de Hispanha e dos sentimentos de amizade que animavam os dois soberanos, durante o seculo XVI. O rei de França auctorisa a fundação de um grande estabelecimento colonial em terras, sujo dominio portuguez fora tantas vezes e tão solennemente reconhecido. Colonos, tripolantes, soldados, são alliciados com pregões publicos nas ruas de Paris. A expedição larga do Havre a 12 de Julho de 1555. As hostilidades accendem-se do outro lado do Atlantico. Portugal e Hispanha, paradoxalmente, indifferentes á sorte dos seus subditos, continúam a manter a mesma cordialidade de relações. Villegaignon e seus sequazes, depois de uma serie de vicissitudes, acabam sendo expulsos definitivamente do Rio de Janeiro, por Mem de Sá, emparceirados aos Jesuitas que viam, apprehensivos, a installação dos hereges na provincia da Companhia de Jesus.

A *França antarctica* esvaiu-se, passando á categoria de reminiscencia historica.

Nos archivos de Portugal e França não se rastreia o mais ligeiro vestigio das negociações entre os dous paizes, nem do protesto de Dom João III contra o dobre procedimento de Henrique II.

Perdeu-se para a historia a missão de João Pereira d'Antas, mandado a Paris em substituição a Braz de Alvide, que se retirara do Corpo Diplomatico em 1555.

---

[1] Arthur Heulhard, Villegaignon, Roi d'Amerique, un homme de mer au XVI siècle (1510–1572), Paris, 1897. O livro de Heulhard é uma rehabilitação de Villegaignon. As versões admittidas sem exame, as calcumnias que durante tantos annos tiveram livre circulação sobre o fundador da França Antarctica, são rebatidas com um ardor tão sincero, um enthusiasmo tão communicativo e sobretudo uma documentação tão copiosa, que instinctivamente sentimo-nos inclinados a admittir com Heulhard que Villegaignon não era o typo cynico e deshumano pintado com cores tão negras pelos escriptores protestantes, nem a sua missão, exclusivamente colonial, teve o character eminentemente religioso que sempre lhe tem sido emprestado por todos os historiadores.

O que interessa a historia diplomatica é o triste destino de Villegaignon, decaido do antigo esplendor, estropiado, descrente, a mendigar nas antecamaras da Legação portugueza a esmola de uma indemnização pelo malaventurado termo da sua empreitada de talhar um reino em terras alheias.

Não nos compete narrar o insuccesso das outras tentativas francezas no littoral do Brasil, a ephemera duração da *França equinocial* no Maranhão. Animadas mais por um pensamento civilizador do que pelo espirito mercantil e ganancioso que characterizava as funcções inglezas e hollandezas, as colonias francezas estavam fatalmente destinadas a desapparecer. E, depois, como muito bem dos francezes disse Raynal, "leur légèreté ne leur permit pas d'attendre le fruit communément tardif de nouvelles entreprises."

Em rigor, essas derradeiras tentativas não deram nascimento a negociações diplomaticas. Os habitantes do Brasil, emparceirados aos indigenas, preferiram recorrer á força, e esta se mostrou sempre mais profiqua que o papagueiar esteril dos embaixadores, afastados milhares de leguas do theatro dos acontecimentos.

Por outro lado, a situação de Portugal não comportava arrogancias. Accentuava-se assustadoramente a decadencia, que o pulso rude de Dom João III contivera durante o seu reinado. Em 1578 Alcacer Kibir tragava os restos do Portugal heroico, que desapparecia com o ultimo rebento da casa d'Aviz, cuja bravura cavalheiresca ficou resoando no bronze eterno das estrophes camoneanas.

A partir de 1580 estavam encorporadas as Corôas Hispanhola e Portugueza. Philippe II, do Escurial, extendia o seu poder sobre o maior imperio colonial já existente. A rodagem administrativa do Brasil, embora continuasse a ser movida por funccionarios portuguezes, evolvia emperradamente ao influxo de um governador e meia duzia de frades, que tanto bastavam ás necessidades temporaes e espirituaes da nacionalidade infante.

As primeirs auctoridades civis e religiosas delegadas pelo Governo central iam entretanto lançando os fundamentos de uma nova organisação social. Surgiam ao longo do desmedido littoral os primeiros estabelecimentos permanentes, nucleos das futuras cidades. Regularisava-se o commercio, resguardado tanto quanto possivel dos ataques dos piratas extrangeiros. Attrahia-se o indigena ao girão civilisador da Egreja. A penetração se operava lentamente ao compasso da marcha tarda mas segura dos missionarios. E já os olhos supidos dos homens do littoral, ainda mal seguro, se alongavam numa interrogação muda, para os sertões distantes.

Um perigo maior ameaçava a nacionalidade infante: a cubiça dos inimigos de Philippe II.

HISTORIA DIPLOMATICA DO BRASIL HOLLANDEZ NO SECULO XVII.

A Hollanda attingiu no seculo XVII a plenitude da sua expansão politica, maritima e colonial. As Sete Provincias Unidas pelo Acto de Utrecht e constituidas definitivamente numa Republica liberal, provida e opulenta, acolhia a sombra das suas leis os martyres do livre pensamento, os rebellados contra a autoridade do ensino tradicional, os perseguidos de todas as religiões. O commercio desenvolveu-se prodigiosamente: os vinte mil navios da sua marinha mercante eram as navetas silenciosas que operavam esse trafico formidavel: espalhados pelos mais remotos mares, aportavam a Hollanda acuculados de productos do mundo inteiro e logo repartiam, carreiando para os mais desfrequentados rincões da terra os pesados gigos dos loiros queijos flamengos, as caixas de manteiga, as falanças de Delft, os pannos de Leyde, as telas de Haarlem.

Nenhum povo da Europa se achava melhor apercebido para as emprezas maritimas: com os seus exercitos treinados na diuturna luta contra a Hespanha, a marinha de guerra poderosissima, prestigiada pelos nomes mais conspicuos na historia naval do mundo, um imperio ultramarino que os seus audazes marujos e caixeiros alargavam dia a dia, esses industriosos mercadores lançaram as suas vistas para a America do Sul. Desde fins do seculo XVI o dilatado littoral sul americano não era desconhecido aos navegadores hollandezes: por alli tinham passado os navios de van Noord (1598) e Pieter van der Does (1599) e, mais tarde, em 1615 as grandes expedições de Joris van Spilbergen e de Lemaire e Schouten.

A incorporação do reino de Portugal á Corôa de Hespanha em 1580 forneceu as Provincias Unidas um excellente pretexto para conduzir as suas armas victoriosas ás colonias portuguezas de ultra-mar. Bastava transplantar para o Brasil os processos postos em pratica na Asia e na Africa pela Companhia da Indias Orientaes e organizar em larga escala a rapinagem que enriquecera os gananciosos accionistas da poderosa empreza.

Pela primeira vez a integridade territorial do Brasil correu serio risco. As expedições francezas, inspiradas mais por um pensamento colonizador do que por preoccupações de ganho, terminaram em 1615, com a expulsão de Le Revardière do norte do Brasil. E as incursões dos inglezes Fenton, Withrington, Cavendish e Lancaster, que infestavam o littoral pirateiando, saqueiando e depredando por conta de meia duzia de argentarios de Londres, constituiam tentativas isoladas, sem nenhuma intenção de estabelecimento definitivo.

Só a Hollanda teve uma visão lucida das incalculaveis vantagens de uma exploração methodica das riquezas do Brasil: fundar um grande emporio maritimo e commercial no occidente, a semelhança do que fizera em Java, constituia uma empreza tentadora. Em 1721, a situação politica propiciava a aventura: findara a tregua de doze annos, ajustada em 1609, entre as Provincias Unidas e a Hespanha. Um intransigente partidario da guerra todo o transe, Willem Usselincx, por meio de uma activa propaganda em favor do desenvolvimento das relações commerciaes com as novas regiões da America do Sul, lograra convencer a assemblea de Estados Geraes da necessidade de organizar-se uma poderosa empreza, sobre as mesmas bases da Companhia das Indias Orientaes, fundada por Oldenbarnevelt em 1602, com resultados tão compensadores.

Recomeçaram as hostilidades entre as Provincias Unidas e a Hespanha quando em data de 3 de Junho de 1621, a Companhia das Indias Occidentaes recebia dos Estados Geraes suas cartas patentes, redigidas em quarenta e cinco artigos. Não só lhe estava assegurado o commercio exclusivo com determinadas zonas da Africa e da America, como tambem lhe delegaram os Estados Geraes amplas attribuições para nomeiar e demittir as autoridades nos territorios conquistados ou que viesse a conquistar, concluir allianças, declarar guerras, celebrar tratados, negociar pazes, equipar armadas, levantar exercitos.

Era uma formidavel quadrilha de salteiadores maritimos subsidiada pelos Estados Geraes e investida de poderes quasi soberanos. Ao contrario do que se tem insinuado, a Companhia das Indias Occidentaes não estava filiada a nenhum pensamento politico ou civilizador, nem foi o amor aos principios que forçou a abertura dos portos da America ao trafego dos seus navios e a golpeiar o monopolio colonial da Hespanha nas suas riquissimas possessões. Della disse com acerto um historiador portuguez: "era um Estado constituido em companhia de piratas;"[1] e Netscher, escriptor hallandez que no seu livro

[1] O Brasil e as colonias portuguezas, por J. P. Oliveira Martins. Quarta edicção augmentada. Lisboa, 1904, pag. 41.

tantas vezes fecha complacentemente os olhos aos deslizes dos seus compatriotas, não se illude quanto aos verdadeiros intuitos dos organizadores dessa poderosa empreza: "era mais uma sociedade de armadores que se reuniam para combater os Hespanhoes do que uma Companhia de commercio: suas rendas provinham quasi que exclusivamente dos despojos colhidos do inimigo."[1]

O primeiro golpe contra o Brasil foi vibrado em falso e não recommenda a previsão do famoso Conselho dos Dezenove. A Bahia, atacada, resistiu, e os Hollandezes, já senhores da cidade, foram forçados a capitular a 30 de Abril de 1625.

Foi um franco insuccesso escassamente compensado com a tomada de algumas centenas de caixas de assucar.

A Companhia não esmoreceu: um facto decisivo veiu espertar-lhe a actividade e reavivar o desejo de estabelecer feitorias na America: a captura da chamada frota de Prata em aguas do oceano Atlantico, pelo famoso marinheiro hollandez Piet Heyn, em Agosto de 1628; os galeões hespanhoes que regressavam da America carregados de riquezas foram apresados sem esforço; o producto da venda attingiu a cerca de vinte milhões de florins que permittiram á companhia distribuir aos seus accionistas um dividendo de cincoenta por cento e melhorar todo o seu material maritimo, apparelhando-o convenientemente para proseguir na realização do programma das conquistas ultramarinas.

Agora o ponto visado era Pernambuco. O commercio do pau-brasil, a fabricação do assucar em dezenas de engenhos, as vastas plantações de algodão estiradas por leguas e leguas de varzeas fertilissimas, tinham creado alli uma sociedade rica, definitivamente consorciada á terra e toda entregue á faina de engrandecel-a. E a collaboração assidua de fidalgos e gentishomens portuguezes, desde o tempo do primeiro donatario Duarte Coelho, concorrera sensivelmente para emprestar um certo brilho á vida social, apurando as maneiras, polindo os costumes, espertando o gosto do luxo e o amor dos prazeres. As paginas deliciosas do ingenuo e indulgente Frei Manuel Calado ou as narrativas em que o Padre Cardin, levemente escandalisado, recorda a desenvoltura mundana das damas pernambucanas "tão senhoras e não muito devotas," delatam a natureza do nova população que alli se formara.

A invasão fez-se rapida. Uma forte esquadra hollandeza desembarcou perto de quatro mil homens, proximo a Olinda. Em balde Mathias de Albuquerque, Governador da Capitania, tentou organizar a resistencia. Um habil systema de guerrilhas conseguiu somente retardar a occupação que pouco a pouco se foi estendendo até a Parahyba e o Rio Grande do Norte, emquanto os derradeiros campeões da independencia, numa retirada lugubre, atravez dos sertões demandam a Bahia, aonde chegam reduzidos pelas fomes e pelas lutas, pregando por toda a parte o odio tenaz e incoercivel ao invasor.

Em Pernambucco o dominio hollandez estava definitivamente consolidado. A administração foi confiada em 1637 a um Principe da familia de Orange, João Mauricio, Conde de Nassau-Siegen. Não nos demoraremos em exaltar as qualidades desse varão insigne, a extrema tolerancia de que deu tantas provas, o seu profundo sentimento de justiça, o prestigio decorrente do seu alto nascimento e, sobretudo, o ascendente que lhe conferiam os seus indiscutiveis dotes militares. Basta deixar assignalado que este fidalgo singelo e bom, trabalhador e pacifico, amante das letras e protector de artistas, grangeou por fim a sympatia dos adversarios, buscou attenuar todos os resentimentos e inaugurou o periodo de incomparavel esplendor do Brasil Hollandez.

---

[1] Les Hollandais au Brésil. Notice historique sur les pays Bas et le Brésil au XVII[e] siècle, par P. M. Netscher, La Haye, 1853, pag. 10.

Completou-se a pacificação do territorio. Não havia recear aggressões serias do lado de terra. Sigismundo van Schkoppe levara a conquista até Sergipe, vencendo as derradeiras resistencias. Por mar, as forças luso-hespanholas postas sob o commando do Conde da Torre, tiveram de ceder ao embate da esquadra de Huighens.

Um grave acontecimento veiu encontrar Mauricio de Nassau todo entregue á faina de consolidar as suas conquistas: a revolução de Portugal, de 1 de Dezembro de 1640, que restituiu a Portugal a independencia perdida durante os sessenta annos de dominio hespanhol e elevou ao throno o Duque de Bragança, sob o nome de Dom João IV.

O Vice-Rei do Brasil, Dom Jorge de Mascarenhas, Marquez de Montalvão, chegado a Bahia em principios do anno de 1640, logo que teve conhecimento do occorrido em Portugal, levou ao conhecimento de Mauricio de Nassau. Os termos da correspondencia trocada nessa ossasião e as gentilezas que se dispensaram as duas autoridades, denotam as disposições de que se achavam animadas para impedirem quaes quer conflictos originados da nova situação creada no Brasil pelos acontecimentos da Europa.

A acclamação de Dom João IV foi feita sem a menor resistencia nas outras capitanias não submettidas ao dominio hollandez e por toda a parte foi reconhecida solennemente a autoridade do novo soberano. Uma tentativa de opposição em S. Paulo não teve maiores consequencias graças ao bom senso de Amador Bueno que resusou obstinadamente por-se a frente de meia duzia de amotinados.

E o problema do Brasil hollandez, isto é, das capitanias portuguezas conquistadas a Hespanha, como seria resolvido agora que Portugal recobrara a sua independencia e com ella a plena jurisdicção sobre todo o seu antigo patrimonio colonial?

Aos diplomatas e não aos guerreiros, que poucos havia, incumbia essa melindrosa tarefa. E Dom João IV comprehendeu-o claramente, desde os primeiros dias do seu reinado, que se annunciava tão cheio de complicações internas e embaraços exteriores. Mal seguro num throno, erguido sobre a solo vibrante da revolução, sem exercito e sem marinha, com um povo faminto a que a politica extorsionista de Olivares sugara as derradeiras mealhas, o Rei de Portugal prudentemente começou por cortejar os adversarios da Hespanha na Europa. Despacharam-se successivas embaixadas para Londres, Roma, Paris, Haya, Copenhague, Stockholmo e para as cidades livres, solicitando o restabelecimento das antigas relações de amizade e o reconhecimento official da independencia reconquistada pela revolução.

Na Hollanda a missão era mais complexa e a Embaixada tinha um duplo objectivo: reatar as relações de amizade suspensas durante a incorporação das duas Corôas peninsulares e regular a situação das conquistas hollandezas feitas sobre terras portuguezas na America e no Oriente. Dom João IV e os seus conselheiros pagavam-se de illusões quanto as disposições dos hollandezes: riquissimos proprietarios, armadores poderosos, espiritos massiçamente praticos, avessos a sentimentalidade, elles jamais se resignariam, por considerações abstractas de justiça, a abrir mão de conquistas que tinham permittido á Companhia das Indias Occidentaes distribuir fabulosos dividendos aos seus accionistas: "Os hollandezes, senhores da India e na America das ricas possessões de que nos tinham despojado, commenta Rebello da Silva, aspiravam alargal-as ainda, favorecidos pela nossa debilidade e applaudiam a occasião que a fortuna lhes proporcionava, de conservarem com a sancção dos factos consummados, quanto haviam adquirido com pequeno sacrificio. Dom João IV via as coisas por outro aspecto. Allegando os direitos de primeiro

possuidor, cuidava que a virtude da alliança, que propunha, obraria o milagro de decidir as Provincias Unidas a restituirem, si não tudo, pelo menos grande parte do que occupavam, illusão innocente filha do pouco conhecimento da indole mercantil da Republica e da apreciação inexacta dos interesses que a moviam." [1]

Os factos encarregaram-se de desmentir o optimismo do Rei. Foi logo nomeiado embaixador para esta missão Tristão de Mendonça Furtado, mais militar que diplomata. Levava instrucções para celebrar uma alliança offensiva e defensiva entre as Provincias Unidas e Portugal contra a Hespanha, a inimiga commum, e reclamar a restituição das conquistas feitas no Oriente e no Brasil, allegando o facto de se encontrar a Corôa de Portugal agora independente da de Hespanha, e não dever a Hollanda continuar a deter o que pertencia a um paiz amigo.

As Provincias Unidas simularam não perceber os intuitos do Governo portuguez. Mostraram-se cheias de attenções para com o novo soberano. Em 13 de Fevereiro de 1641 determinaram que os Portuguezes fossem considerados como amigos e Portugal replicou com igual galantaria em carta regia de 20 de Março do mesmo anno. O Embaixador Tristão de Mendonça Furtado era por sua vez cumulado de gentilezas. Tendo arribado a Plymouth, seguiu, viagem para a Hollanda no navio do vice almirante Witte Wittensen, escoltado por quatro naus hollandezas. A meia hora da Haya, na ponte de Hoorn, o Principe de Orange veiu ao seu encontro em grande comitiva. E durante a audiencia solenne na assemblea dos representantes dos Estados Geraes, os dois paizes abundaran em protestos de paz e de amizade.

Logo se iniciaram as negociações. As propostas de que veiu encarregado o embaixador portuguez, bem como outras secundarias relativas ás relações commerciaes entre as Provincias Unidas e Portugal, foram examinadas e largamente discutidas durante dois mezes pelos delegados das Provincias, assistidos dos representantes das Companhias das Indias Orientaes e Occidentaes.

A 12 de Junho de 1641 foi por fim assignado o "Tratado de tregoas e suspensação de todo o acto de hostilidade, e bem assim de navegação, commercio, e juntamente soccorro." [2]

O Embaixador Tristão de Mendonça Furtado tem sido injustamente atacado por todos os escriptores portuguezes e brasileiros que se occuparam desta missão. As clausulas ajustadas não eram de todo desvantajosas para Portugal e o seu negociador não podia ser responsavel pelas desastrosas consequencias de um tratado, cujo cumprimento cada uma das duas partes contractantes procurva illudir depois com os mais especiosos pretextos. O certo é que a alliança offensiva e defensiva era particularmente preciosa, dada a completa desorganização das forças de terra e mar em Portugal. Alem disto uma esquadra de quinze navios de alto bordo e cinco fragatas era posta á disposição de Portugal sendo-lhe tambem permittido arrolar no proprio territorio hollandez um regimento de cavallaria e infantaria. Estipulou-se igualmente a liberdade de commercio e de navegação para os subditos dos dois paizes em todas as possessões ultramarina.

Quanto a situação do Brasil só se conseguiu uma tregua de dez annos, durante a qual os hollandezes continuariam na posse das terras conquistadas. Este armisticio que importava no reconhecimento do dominio das Provincias Unidas sobre o Brasil hollandez, desagradou todavia á Companhia das Indias

[1] Historia de Portugal nos seculos XVII e XVIII, por Luiz Augusto Rebello da Silva, Lisboa, 1869, Tomo IV, pag. 306.

[2] O texto deste tratado encontra-se na Collecção de Tratados, Convenções, Contractos e Actos publicos celebrados a Corôa de Portugal e mais Potencias desde 1640 até ao presente por José Ferreira Borges de Castro, Lisboa, 1856, Tomo I, pags. 24-81.

Occidentaes. O Conselho dos Dezenove, segundo Netscher, optou pela continuação do estado de guerra, em vez de uma suspensão de armas por tempo determinado. Desse modo a Companhia seria forçada a manter no Brasil em pé de guerrá, dispendendo fortes sommas com a manutenção das forças militares durante dez annos. Alem de tudo, a tregua permittiria a Portugal reconstituir com vagar as suas forças e preparar-se para os acontecimentos futuros.

As apprehensões eram perfeitamente justificadas. Mas a redacção cavillosa do Tratado veiu até certo ponto compensar os inconvenientes que tanto inquietavam os directores da companhia: o prazo de tregua só começaria a ser contado a partir do dia em que a ratificação do tratado fosse officialmente annunciada no Brasil: o Artigo VIII assim determinava:

As treguas e suspensação de todo o acto de hostilidade terão seu effeito por tempo de dez annos em as terras e mares pertencentes ao districto da jurisdicção concedida pelos Senhores das Ordens Geraes á Companhia da India Occidental destas Provincias, desde a data, tanto que a ratificação deste tratado em nome del Rey de Portugal, neste logar for apresentada, e a publica manifestação das ditas treguas e suspensação de todo o acto de hostilidade chegar a qualquer parte das ditas terras e mares respectivamente.

Estes dizeres perros e cambeteantes reflectem a intenção obliqua e ardilosa dos negociadores hollandezes. Começar a contar o prazo dos dez annos a partir do dia em que chegasse ao Brasil a noticia official da ratificação do Tratado, importaria em reconhecer e legitimar quaesquer conquistas realizadas neste intervallo pelo Governo das Provincios Unidas. As negociações corriam na Haya e a Companhia das Indias Occidentaes, emquanto protestava amizade a Portugal, insistia com Mauricio de Nassau para alargar os dominios do Brasil hollandez "antes que um tratado de paz forçasse a companhia a depor as armas" e o incitava a reunir todas as tropas disponiveis a fim de se apoderar da Bahia "e si não fasse possivel ser por força, nem por fraude, devia o Conde sitial-a e bloqueial-a, que em tal caso poderiam achar-se meios de obter a cidade ao fazerem-se as pazes."

Tudo passou-se de conformidade com os desejos da companhia, menos no tocante a conquista da cidade da Bahia. Mauricio de Nassau mandou occupar o territorio de Sergipe até ao rio Real, preparou a expedição do Almirante Jol, que se apoderou de Angola e da ilha de S. Thomé a 30 de Outubro de 1641 se assenhoreou do Maranhão, cujo Governador, Bento Maciel Parente, em avançada idade e baldo de recursos e meios de defeza, não poude offerecer resistencia seria.

Em 1642, quando as autoridades hollandezas receberam a communicação official da ratificação do tratado e do inicio da tregua, as conquistas ja estavam realizadas. Dizemos communicação, official, porque as noticias das negociações já se tinha propalado e eram notorias as disposições amigaveis em que se encontravam os Estados Geraes para com o novo Rei de Portugal. Isto tornava ainda mais negra a perfidia. O proprio Netscher, tão indulgente para com os seus compatriotas, não deixa de reconhecer que neste particular a conducta dos estados Geraes não foi inteiramente isenta de duplicidade. Quando chegou a noticia desses acontecimentos em Lisboa, houve um movimento geral de indignação. Não faltaram exaltados que conselhassem ao Governo Portuguez a detenção dos dezoito navios da esquadra hollandeza que aferrara no Tejo. Dom João IV, perplexo, preferiu contemporizar: "Nem a tanto chegava a intelligencia nem a audacia," commenta de mau humor Oliveira Martins; quando o hollandez o percebeu, levantou ferro, largou velas e foi-se livre e socegadamente."[1]

[1] Historia de Portugal, por J. P. Oliveira Martins (Terceira edição augmentada) Lisboa, 1882, Tomo II, pags. 132–133.

O Marquez de Montalvão, em carta datada de Lisboa de 12 de Março de 1642, fez sentir a Mauricio de Nassau quanto penalizara o Governo portuguez a noticia desse "acto injusto e iniquo commettido contra Portugal." Francisco de Andrade Leitão, foi mandado em missão especial a Hollanda. Mas de nada valiam razões. O embaixador portuguez protestou contra a flagrante violação do que fôra ajustado de boa fé entre os dois Governos e fez sentir quanto era extranho o precedimento dos Estados Geraes que, na Europa, faziam causa commum com Portugal contra os hespanhoes, emquanto que mandavam atacar de surpreza as suas possessões ultramarinas.[1] Os Estados Geraes responderam que estas conquistas se tinham realizado antes da communicação official da ratificação do tratado, isto é, antes de annunciado o armisticio. A resposta era perfeitamente logica: os Estados Geraes, excusando-se, diziam a verdade. Os acontecimentos deixam entrever que tanto os negociadores hollandezes, como o embaixador portuguez, desejavam tirar partido da demora da ratificação do tratado e da sua notificação no Brasil: os Estados Geraes, alargando as suas conquistas neste intervallo e Portugal recuperando as terras perdidas. O proprio embaixador portuguez, Tristão de Mendonça Furtado, foi quem mais insistiu para a inserção daquella clausula e tanto isto é exacto que Dom João IV em vez de ratificar o tratado dentro do prazo fixado de tres mezes, a 12 de Setembro de 1641, como era do seu dever, só o fez a 18 de Novembro, chegando a ratificação na Hollanda em 1642, lida em assemblea dos Estados Geraes e depois expedida ás autoridades hollandezas do Brasil. Os Portuguezes foram codilhados, pois a demora que elles tinham como favoravel aos seus interesses, teve como unico effeito legitimar as conquistas do Maranhão, Sergipe, Angola e S. Thomé.

A ma fé e a cupidez da companhia iam entretanto perdel-a. A conquista do Maranhão teve a vantagem de despertar na população o velho odio contra o Hollandez que Mauricio de Nassau conseguira apenas adormecer com as medidas moderadas e tolerantes da sua administração.

A gente do paiz estava disposta a corrigir o tratado. A espada dos rebeldes ia mostrar-se mais destra que a penna dos embaixadores. Do Maranhão partiu o primeiro grito de independencia. Um tal Negenton, parente do governador hollandez, mandara abandonar numa praia deserta vinte e quatro portuguezes que não tardaram em ser devorados pelos indigenas. Este acto deshumano, tanto mais revoltante quanto não se conheciam os crimes das victimas, encheu de ira os maranhenses. Dentro de alguns dias os derradeiros hollandezes, escapos a furia dos amotinados, abandonaram precipitadamente o Maranhão, embarcando para o Ceará, donde seguiram por terra para o Rio Grande do Norte.

A noticia da reconquista do Maranhão espalhou-se pelas capitanias submittidas ao dominio hollandez, incendiando todos os animos. Mauricio de Nassau, findo o periodo do seu Governo e desgostoso com a procedimento da Companhia das Indias Occidentaes, cada vez mais ganânciosa, partiu para a Hollanda a 22 de Maio de 1644. Pernambuco ficou entregue á rapacidade de um triumvirato hollandez, composto de um antigo commerciante de Amsterdam, Hamel, de um antigo Bas. Estavam em taes mãos o deposito das tradições de liberdade, prudencia, tolerancia que deram tanto lustre a administração de Pernambuco.

Estalou a insurreição chefiada por João Fernandes Vieira. Não havia conter o impeto dos rebeldes. A primeira victoria das Tabocas, sobre os Hollandezes, cimentou o prestigio dos insurrectos e captou o concurso dos que ainda duvidavam do exito da aventura.

[1] O protesto do Embaixador de Portugal foi impresso em 1642 num folheto intitulado: "Discurso politico sobre o se aver de largar a Corôa de Portugal," Angola S. Thomé e Maranhão exclamado aos Altos e Poderosos Estados de Olanda.

A noticia da sublevação alarmou o espirito timido e hesitante de Dom João IV mais affeito aos leves prazeres de Villa Viçosa que ao duro officio de reinar: apertado com a luta contra a Hespanha, esforçando-se por grangear a confiança da Europa que não parecia acreditar na estabilidade do throno do Bragança, trabalhado de dissensões internas, filhas da inveja, do odio, da ambição e das intrigas, da fidalguia, Portugal tinha que resignar-se a perda das suas colonias. Enfrentar o poderio da Hollanda, então no esplendor da sua expansão maritima e colonial, constituiria um acto de rematada loucura que só aconselhariam historiadores dos nossos tempos, escrevendo confortavelmente a quasi tres seculos de distancia dos acontecimentos. Por outro lado, a revolução pernambucana abria a perspectiva da reconquista do Brasil hollandez sem a intervenção directa e immediata das forças regulares de Portugal. A primeira medida de prudencia consistia em mandar para a Haya um embaixador que conseguisse ouvir imperturbavimente as recriminações dos Estados Geraes e aparar o primeiro movimento de colera do conselho da Companhia das Indias. Era a renovação com maiores riscos do habilissimo jogo diplomatico entre Francisco I e Dom João III, por occasião das intrusões dos Francezes no litoral do Brasil durante o seculo XVI: relações cordialissimas entre as duas côrtes emquanto os seus subditos se entre-destruiàm alem do Atlantico. Aqui o caso era mais extranho: Portugal e as Provincias Unidas achavam-se solennemente ligadas por uma alliança offensiva e defensiva e a revolução de Pernambuco tinha gerado uma das mais singulares situações internacionaes de que ha noticia na historia politica dos povos.

O embaixador escolhido foi Francisco de Souza Coutinho, fidalgo da casa real, o qual "ajuntando á claridade do sangue a do juizo, com larga experiencia de negocios, se fazia capacissimo sujeito das maiores confianças do seu senhor."[1] Acabava de ser o representante de Portugal em Copenhague e em Stockolmo: na Dinamarca, ainda que recebido particularmente e com todas as attenções pelo velho Christiano IV, joguete da casa d'Austria, não conseguiu o reconhecimento official da monarchia portugueza. Mas na Suecia, estadeou todos os seus dotes de homem do mundo e diplomata, que lhe valeram ser tido por Francisco Manuel de Mello como "o maior dos diplomatas do seu tempo:" negociou com tacto o reconhecimento da independencia de Portugal e terminou por celebrar com a joven Rainha Christina, successora de Gustavo Adolpho, um tratado de paz e commercio, cujas clausulas extremamente favoraveis aos interesses de Portugal, grangeiaram para o seu negociador um renome que depois a ingrata missão da Hollanda iria confirmar.

Na Haya, Francisco de Souza Coutinho revelou-se o mais acabado typo do diplomata do seculo 17, "un Caméléon, un Protée," segundo a palavra de La Bruyère, utilizando todos os expedientes para a salvaguarda dos interesses, confiados ao seu zelo e capacidade.

As primeiras noticias da insurreição pernambucana, Francisco de Souza Coutinho desenvolveu prodigios de actividade no sentido de tranquillizar os Estados Geraes que attribuiam os acontecimentos a manejos perfidos da Corte Portugueza. No primeiro discurso em latim proferido na audiencia dos Estados Geraes, verberou com vehemencia e bem simulada indignação o procedimento dos Pernambucanos, qualificando a insurreição de. *execrabilis et damnanda rebellio.* E no mesmo dia escrevia a Dom João IV aconselhando-o a prestar

[1] Epanaphoras de Varia Historia portugueza, por D. Francisco Manuel, Lisboa, 1676, pag. 69.

mão forte aos rebeldes e promettendo-lhe fazer na Haya o possivel para impedir ou retardar a remessa de auxilios para as tropas hollandezas do Recife.

As noticias do Brasil eram entretanto cada vez mais inquietadoras, e traziam os Estados Geraes em constante sobresalto. O que parecera em principio um simples levante de descontentes, transmudara-se em irressistivel movimento insurreccional que ameaçava generalizar-se por todos os territorios do Brasil hollandez. As principaes praças fortes ja tinham caido em poder dos rebeldes: as capitanias do Rio Grande e Parahyba não tardariam em sacudir igualmente o jugo estrangeiro.

A guarnição hollandeza do Recife, dizimada pela fome e desfalcada com as continuas deserções, reclamava reforços urgentes. Entre os commandantes tambem não reinava perfeita harmonia de vistas: vira-se como o major van Hogstraten atraiçoara a causa dos seus compatriotas, vendendo seus serviços militares aos insurrectos pela importancia de dezoito mil florins. A Companhia das Indias, sobresaltada, tratou de organizar um pequeno exercito e equipar uma esquadra. Os alistamentos feitos com difficuldades reuniram dois mil homens que foram postos sob o commando dos Coroneis van Schkoppe e Henderson. Nomeiaram-se novos membros para o Grande Conselho do Recife, sob a presidencia de van Schoonenborch, representante da Provincia de Groninga na assemblea dos Estados Geraes. A expedição, depois de uma viagem desastrosa, durante a qual naufragaram cinco navios, chegou ao Recife no 1 de Agosto de 1646 justamente quando a fome principiava a fazer-se sentir e o exercito, em desespero de causa, decidira abrir caminho para a interior do paiz atravez das linhas inimigas. Os conselheiros recemchegados nada conseguiram; e van Schkoppe, sem embargo da sua reconhecida habilidade, não logrou quebrar a obstinada resistencia dos insurrectos que mais de uma vez o repelliram com grandes perdas.

Com estas desanimadoras noticias, entraram os Estados Geraes a desconfiar da lisura do procedimento do Governo portuguez. As suas constantes queixas de que Dom João IV não se mostrava sufficientemente energico na repressão da revolta, repricava Francisco de Souza Coutinho, sempre receiando um rompimento fatalmente desastroso para o seu paiz, que o Governo de Portugal não só era inteiramente alheio á revolta, como tambem ja ordenara a destituição do Governador Geral, no caso de se verificar a sua connivencia ou cumplicidade no movimento insurreccional. Um incidente forçou a Companhia a tomar medidas rigorosas. Conta Netscher que um negociante judeu residente em Lisboa interceptou varias Cartas assignadas do proprio punho de Dom João IV "que provaram claramente a sua cooperação no levante do Brasil: foi geral a indignação que semelhante conducta provocou na Hollanda. A população da Haya reuniu-se em frente do edificio da embaixada portugueza e o teria saqueado se não fôra a presença immediata da guarda do Stathouder."

Ja não havia contemporizar: as resoluções de 24 de Dezembro de 1646 e de 22 de Janeiro de 1647 denunciam novas directivas lo procedimento dos Estados Geraes: todos os officiaes de terra e mar a serviço da Companhia das Indias Occidentaes ficaram autorizados a usar de represalias contra quem quer que tentasse por qualquer meio prejudicar os interesses da mesma. Na mesma occasião corriam os mais desencontrados boatos: um, especialmente, a despeito da sua inverosimilhança, foi registrado por Aitzema e transmittido por Southey: era o que attribuia a revolução portugueza de 1640 a um acto de refinada politica por parte da Hespanha: "O Rei da Hespanha," dizia-se, "vendo-se impotente para defender o Brasil e a India, concertara que o Duque de Bragança faria o papel de Rei de Portugal, para nesse caracter assentar pazes com a Hollanda, mantendo assim por estratagema os paizes que não podia sustentar pela guerra. Um homem, que Aitzema chama serio e instruido, apezar do portentoso absurdo semelhante supposiçao, escreveu um folheto

para provar isso. E tanto credito obteve este escripto entre os tolos e ignorantes, que formam sempre a maioria, que o Embaixador portuguez julgou do seu dever queixar-se delle como dum libello contra seu amo." [1]

Em Lisboa a situação não era tranquillizadora. O problema da reconquista das terras ultramarinas embaraçava o problema ainda mais grave da consolidação do throno. Em guerra com a Hespanha, o Rei de Portugal não se julgava sufficientemente forte para romper com as Provincias Unidas. Só restava o recurso a negociação directa: Voltou a baila a compra de Pernambuco aos hollandezes. Essa idea fora suggerida desde Julho de 1645 por Gaspar Dias Ferreira, um judeu portuguez que depois de ter enriquecido em Pernambuco com toda a sorte de traficancias e rapinagens durante a administração de Mauricio de Nassau, se passou para a Hollanda em companhia do Principe e se naturalizou cidadão das Provincias Unidas. Gaspar Dias Ferreira trabalhou activamente para a solução amigavel das contendas entre os dois paizes.

Em longos pareceres dirigidos a Mauricio de Nassau e a Dom João IV expoz com clareza e habilidade a verdadeira situação do Brasil hollandez, as difficuldades com que havia de lutar a Companhia das Indias Occidentaes para a sua conservação, as continuas despezas com a guarnição militar indispensavel para a segurança do paiz. E apontava o unico remedio efficaz: a restituição das terras hollandezas do Brasil a Portugal mediante o pagamento de uma indemnização pecuniaria. E para a realização deste plano suggeriu o astutto judeu um expediente digno da sua conciencia pouco escrupulosa e, para que não dizel-o, dos habitos da diplomacia da epocha: o suborno em larga escala dos accionistas e directores da Companhia das Indias e pingues gorgetas destinadas a amollecerem as recalcitrancias de alguns representantes da assemblea dos Estados Geraes, Dom João IV, seduzido pela simplicidade do plano, submetteu-o ao exame do Marquez de Montalvão, Mathias de Albuquerque, então Conde de Alegrete, e Dr. Francisco de Carvalho, Consultor da Fazenda. O Padre Antonio Vieira, em parecer datado de 14 de Março de 1646, tambem se manifestou favoravel a esta solução que offerecia avantagem de evitar a guerra com a Hollanda, de resultados fatalmente desastrosos para Portugal, já empenhado em luta contra a Hespanha. Conhecedor dos homens da Hollanda—"a gente com quem tratamos é uma companhia de mercadores," dizia o jesuita—opinava o Padre que o primeiro passo a dar consistia na compra a peso de ouro dos funccionarios e ministros hollandezes. Sob o fundamento de que naquelle paiz "tudo é venal" aconselhou o Rei de Portugal a mandar depositar no banco de Amsterdam ou em mãos de mercadores seguros e abonados a importancia de quatrocentos ou quinhentos mil cruzados "com que comprar as vontades e juizos dos ministros mais interessados e poderosos."

Assentados estes preliminares, offerecia-se aos hollandezes a quantia de tres milhões pagos em prestações de quinhentos a seiscentos mil cruzados cada anno, em troca de todas as terras do Brasil e das praças de Angola, Benguela e S. Thomé, no estado em que se achassem, com toda a sua artilharia, armas, munições e mais petrechos de guerra. E rematava, suggerindo uma serie de medidas destinadas a facilitar a reunião daquella vultada quantia: direito dos negros de Angola, augmento na tributação do assucar, arrematação do pau brasil, venda do estanco de sal.

As razões do jesuita pesaram no animo do Rei, cada vez mais attribulado com as noticias do Brasil e com o curso dos acontecimentos politicos na Europa. A noticia da tomada da ilha de Itaparica pelos Hollandezes, o que importava em constante ameaça a Bahia, séde do governo geral, a perspectiva da conclusão da paz de Muster que a final veiu a celebrar-se a 20 de Janeiro de 1648, cedendo a Hespanha ás Provincias Unidas o Brasil hollandez, tudo era de

[1] Historia do Brasil, de Robert Southey, Rio de Janeiro 1862, Tomo III, pag. 2.

molde a inquietar Dom João IV e enchel-o das mais sombrias apprehensões. O procedimento dos governos da Europa para com Portugal não era tamben de inspirar confiança: "É cousa muito digna de reparo e sentimento, observa lastimosamente o Padre Vieira, que se não veja em Lisboa um embaixador de um só Principe da Europa, quando tem sahido desta Corte doze depois da acclamação e actualmente estão sete em diversas partes: o que tudo é demonstração evidente do menos conceito que os Principes fazem do nosso poder e da pouca probabilidade que acham de nossa conservação."[1]

Emquanto estes factos occorriam em Lisboa, a Embaixador Francisco de Souza Coutinho trabalhava na Haya para a aceitação das novas propostas de acquisição do Brazil mediante o pagamento de uma indemnização pecuniaria: essa suggestão sorrira aos directores da ganânciosa Companhia das Indias Occidentaes, mas encontrou a opposição dos Estados Geraes que declararam decididos a manterem a soberania hollandeza sobre aquellas terras conquistadas pelas suas armas. Contra esta resistencia nada havia a fazer. O proprio Gaspar Dias Ferreira, que tomara parte tão conspicua nessas negociações, acabou tornando-se suspeito as autoridades hollandezas: por fim, algumas cartas suas, interceptadas a bordo de um navio que elle carregara de armas e munições destinadas a Portugal, completaram a sua desgraça. Lidas perante a aseemblea dos Estados Geraes não deixaram duvidas quanto á attitude assumida pelo astusioso judeu em todo este negocio de Pernambuco: "Preso e processado pelo crime de traição, a 16 de Maio de 1646, condemnava-o o tribunal provincial de Hollanda a banimento e ao pagamento, sob pena de prisão, das custas e de uma multa de doze mil florins. Mas não ficaram por ahi as suas infelicidades. A 31 de Julho do anno seguinte, o Supremo Conselho da Hollanda reformou a sentença da primeira instancia, cassando a naturalização do reu, como indigno de tal mercê, mandando-o encarcerar durante sete annos, exilando-o depois perpetuamente dos territorios europeus e ultramarinos sujeitos a jurisdicção neerlandeza, e elevando a multa de doze a trinta mil florins. Gaspar Dias Ferreira poude em Agosto de 1649 passar a Portugal, evadindo-se da prisão, onde deixou uma carta em latim para os estados Geraes explicando o seu procedimento."[2]

Por outro lado a situação tendia a aggravar-se com as noticias alarmantes chegadas do Recife, sitiado pelos insurrectos. As forças hollandezas estavam reduzidas a ultima extremidade: tinham-se exgottado as munições, a fome começou a manifestar-se novamente, em principios de 1647 a defecção dos Tapuias, até então fieis alliados dos Hollandezes, privou o exercito de um concurso especialmente precioso. Os Estados Geraes, surdos aos protestos do embaixador portuguez, que só tendiam a ganhar tempo e a dilatar as negociações, resolveram occupar-se seriamente com os negocios do Brasil. Não obstante a intervenção amistosa do Embaixador de França na Haya, que trabalhou com afinco para accomodar os dois Governos, ficou assentada a expedição de uma forte esquadra, composta de nove navios de guerra, quatro hiates e vinte e oito transportes, sob o commando do Almirante Corneliszoon de With. Pensou-se tambem em restituir a Mauricio de Nassau o governo do Brasil hollandez: este, convidado, não conseguiu fazer aceitar á Companhia das Indias Occidentaes as condições impostas para a sua volta ao antigo posto. Começaram os alistamentos sem o menor enthusiasmo: "os soldados," observa Netscher, "mostravam-se pouco dispostos a servirem no Brasil e muitos que ja tinham assignado as listas desertaram antes mesmo do embarque."

Francisco de Souza Coutinho, ante tamanhos preparativos de guerra, redobrava de actividade. Elle bem sentia que Portugal, em luta com a Hespanha,

---

[1] Revista do Instituto Historico, Tomo 56, parte 1.

[2] Pernambuco. Seu desenvolvimento historico, por M. de Oliveira Lima, Leipzig, 1895, pag. 164.

não podia entrar em hostilidades com a poderosa Hollanda: tornava-se imprescindivel evitar de qualquer maneira o rompimento annunciado pelos Estados Geraes. Solicitou uma audiencia, na qual declarou que estava autorizado pelo seu Rei a concluir um Tratado de paz sobre a base da restituição do Brasil hollandez e que estava prompto a transportar-se a Lisboa para acelerar e ultimar as negociações. Os Estados Geraes não deram ouvidos a estas proposições e reclamaram como penhor da promessa a entrega immediata da ilha Terceira ou da Bahia. E como se annunciava que a esquadra partiría com as monções de Julho (1647) Francisco de Souza Coutinho recorreu a um expediente extremo: tomou uma folha de papel em branco na qual se encontrava a firma de Dom João IV, escreveu a autorização para negociar a restituição de Pernambuco aos Hollandezes e apresentou-se aos Estados Geraes.

Ao mesmo tempo, em cartas successivas (17, 18 e 25 de Setembro e de 6 e 9 de Outubro de 1647) communicou ao Rei o seu procedimento, solicitando como premio desse serviço "que logo o mandasse prender e se fosse necessario lhe cortasse a cabeça."

A proposta foi bem aceita em Lisboa, pois vinha de encontro aos desejos de Dom João IV. O Secretario de Estado Pedro Vieira da Silva, em carta de 18 de Dezembro de 1647 agradeceu-lhe a feliz iniciativa e disse não saber referir "o contentamento que aqui recebemos todos e mais que todos Sua Magestade * * * com tão particular satisfação do serviço que Vossa Mercê lhe fez nesta parte, que me disse podia avisar a Vossa Mercê havia de receber de sua grandeza merce muito conforme a tamanho serviço."

Francisco de Souza Coutinho concordou na restituição de Pernambuco, no pagamento de uma somma em dinheiro para indemnização dos prejuizos de guerra e na entrega como caução de uma cidadella na Bahia: estas exigencias submettidas ao exame do Conselho de Estado, foram aceitas com pequenas alterações: Pernambuco voltaria ao dominio hollandez, pagar-se-ia as Provincias Unidas uma indemnização de trezentos mil cruzados e em vez de uma cidadella na Bahia, offereceu-se a fortaleza de S. João da Foz, no Porto.

Estas novas instrucções chegavam a Haya onde já se encontrava o Padre Antonio Vieira, partido de Lisboa a 12 de Agosto de 1647: Francisco de Souza Coutinho e Vieira, depois de detido exame das propostas e das modificações vindas de Lisboa, fizeram-lhe ainda alterações: a indemnização seria paga em assucar e não em dinheiro, não se falaria nem na cidadella nem na fortaleza e concordaram em solicitar dos Estados Geraes permissão para que, depois de effectuada a restituição de Pernambuco, os seus moradores de origem portugueza pudessem transportar-se livremente com os seus haveres para a Bahia ou para onde julgassem mais conveniente.

As negociações proseguiam lentamente. Vieira em meiados de 1648 recolhera a Lisboa. A noticia da victoria dos Pernambucanos na primeira batalha dos Guararapes, em 19 de abril de 1648, veiu espertar os Estados Geraes. Irritados com o insuccesso propuzeram a Francisco de Souza Coutinho novas exigencias: reclamavam agora todo o Brasil hollandez delimitado ao sul pelo rio Real, e ao norte pelo rio Grande todo o litoral de Angola, a ilha de S. Thomé, uma grande indemnização á Companhia das Indias Occidentaes alem de outras concessões de menor vulto.[1]

[1] Collecção de Tratados, de Borges de Castro, Lisboa, 1856, Tomo I, pags. 130–158. "Tratado de ajuste sobre as desintelligencias e differenças acontecidas de alguns annos a esta parte no Brasil e em outros lugares no districto da fiscalisação da Companhia das Indias Occidentaes das Provincias Unidas entre o senhor Embaixador de Portugal de um lado e do outro os commissarios dos senhores Estados, concluido e ajustado na Haya a 20, recebido a 24 de Outubro de 1648 e lido em 28 do dito mez e anno."

Este projecto de Tratado foi novamente enviado para Lisboa. A discussão em principio limitada aos conselheiros da Corôa cahiu dentro em breve no dominio publico, despertando por toda a parte indignação as descabidas exigencias das Provincias Unidas. "Não havia classe ou cidadão, conta J. F. Lisboa, que não clamasse contra covardia ou traição com que se entregavam a Hollanda tão magnificos dominios e ainda em cima se lhe pagava a usurpação com grossas quantias."[1]

Segundo o testemunho dos contemporaneos, toda a população letrada acabou por se interessar na contenda: appareciam brochuras explicando as negociações, interpretando as suas clausulas. O Padre Vieira, já de regresso de Hollanda, mandava dizer a Francisco de Souza Coutinho que não havia "conversação, tenda nem taverna em que se não discorresse sobre as tristes capitulações e seus autores." E adiante: "Parece-me que não ha homem nesta terra que saiba escrever que esteja compondo sobre a materia: e posto que ainda não sahiram a luz eu já sei que, sendo mais de quarenta os consultados, não são mais de quatro os votos que temos pela nossa parte."

As opiniões logo se dividiram. O Dr. Pedro Fernandes Monteiro, Procurador da Fazenda Real, aconselhou ao Rei a resistir a todas as imposições das Provincias Unidas e remetter sem demora soccorros para ajudar a expulsão dos Hollandezes de Pernambuco: num longo e bem documentado parecer expoz todos os fundamentos da sua opinião: salientou o progressivo definhamento da Companhia das Indias Occidentaes, incapaz de fazer frente a novas despezas, a difficuldade de levantar tropas para o Brasil e de organizar novas expedições com o auxilio dos Estados Geraes que já começavam a impacientar-se com os constantes reclamos de tropas e de dinheiro e a consequente impossibilidade de se manterem os invasores por mais tempo em Pernambuco particularmente depois da primeira victoria dos Guararapes. Não havia cogitar nem da entrega de Pernambuco nem do pagamento de indemnizações. A guerra era a unica solução ditada pela honra, pelo patriotismo e pelo sentimento religioso. Ao Governo competia enfrentar com calma o temeroso problema e tomar medidas urgentes para salvaguardar o vasto territorio do Brasil quasi ao desamparo. A creação de uma companhia de commercio destinada a ajudar o intercambio entre os portos da colonia e a metropole tornava-se inadiavel. A fim de evitar os ataques dos piratas, cujas prezas tanto avultavan nos lucros liquidos da companhia, as frotas deveriam navegar de conserva ou, em caso de necessidade, comboiadas por navios inglezes. Alem de tudo, o Procurador da Fazenda feria um outro ponto grave: o resultado da situação dos insurrectos pernambucanos se, justamente ao cabo de sua gloriosa empreza, faltasse o apoio do rei de Portugal. Como elles não abaixariam as armas ao simples aceno de Lisboa e as duas soluções do grave problema abriam para o dominio portuguez na America perspectivas assustadoras, ou seriam victoriosos e se entregariam a uma outra Potencia ou seriam esmagados e a conquista firmemente consolidada seria o prenuncio de mais largas expansões nas restantes capitanias ainda sujeitas á jurisdicção portugueza.

A Mesa de Consciencia aceitou em principio as conclusões de Pedro Fernandes Monteiro, collocando-se porem no ponto de vista religioso: repugnava-lhe concordar em um acto que deixava os templos catholicos e os fieis a mercê dos hereges e da sua intolerancia. Aconselhou ao rei a auxiliar secretamente os rebeldes e mandar para a Haya um embaixador habil que continuasse a engodar as Provincias Unidas com promessas de dinheiro até que a luta que proseguia em Pernambuco mudasse o rumo dos acontecimentos.

[1] Vida do Padre Antonio Vieira na Europa, em Obras completas de João Francisco Lisboa, Tomo IV, pag. 87.

O Rei, cada vez mais perplexo, pois era inimigo declarado da guerra e partidario de qualquer solução que evitasse o rompimento com as Provincias Unidas, encarregou o Padre Vieira de estudar minuciosamente o parecer do Procurador da Fazenda Real. A opinião do jesuita não se fez esperar: consta de um celebre documento que ficou depois conhecido pelo nome de *Papel Forte* "porque el Rei quando o recebeu se serviu dessa frase para exprimir o quanto achava a sua argumentação vigorosa." Ahi o Padre Vieira, segundo declarou mais tarde, não fez mais do que reduzir por escripto a opinião sabida do Rei de que "a paz com os hollandezes era totalmente necessaria e a guerra manifestamente impossivel" sustentou com grande copia de argumentos e razões a necessidade absoluta e inadiavel da entrega de Pernambuco como o unico meio de salvar não somente o resto do patrimonio ultramarino portuguez, como tambem a integridade territorial da monarchia portugueza.[1]

A seu ver, os territorios do Brasil hollandez estavam completamente devastados pela guerra, os insurrectos não passavam de caloteiros relapsos e a revolta, a que se queria emprestar intuitos nobilissimos de independencia, nascera prosaicamente da recusa de pagamento a commerciantes hollandezes de dividas regularmente contrahidas pelos senhores de engenho e mercadores portuguezes de Pernambuco. Como comprometter desastradamente os destinos da monarchia recem-instaurada, assediada de difficuldades de toda a sorte, com a guarda obstinada dessas terras desvalorizadas e com a defeza desses povos que nenhum interesse justificava e a que o Rei sempre negara o seu apoio?

Mas o argumento capital e que pesa fundamente no espirito irresoluto de Dom João IV foi tirado da desproporção das forças militares e economicas entre Portugal e as Provincias Unidas: "Mas para que são discursos nem exemplos, explicava Vieira, aonde temos as experiencias passadas e presentes? Se Portugal e Castella juntos não puderam resistir a Hollanda, como hade resistir Portugal só a Hollanda e Castella? Se todas as forças de Portugal, ajudadas muitas vezes das de Castella, não puderam defender Pernambuco, como só, com não restituirmos parte de Pernambuco, cuidamos que pudemos defender Pernambuco, o Brasil e todas as conquistas?"

E por diante segue Vieira num quadro comparativo de Portugal e Hollanda, até a conclusão de que a paz era uma necessidade irremediavel e que a ella tudo devia sacrificar-se naquelle instante.

As razões do *Papel Forte* não encontraram guarida nas grandes corporações do Reino, nem entre os conselheiros da Corôa que ficaram aterrados com a enormidade das concessões promettidas e aconselhadas. "Um delles," conta J. F. Lisboa, "enumerando o territorio cedido, isto é, tudo quanto ficava entre a Bahia e o Maranhão com mais de quatrocentas leguas de costa, cento e quarenta engenhos produzindo annualmente quinhentas mil arrobas de assucar e immensas riquezas naturaes cuja posse tornaria a Hollanda tão opulenta que em breve poderia dominar o mundo, terminava dizendo que dahi se inferia pouca fidelidade de quem persuadia que cousa tão grande se tirasse a Portugal para o dar a Hollanda."

"Eu," dizia outro com fina ironia, e alludindo a consciencia larga com que o jesuita barateiava a conversão dos indios e africanos a troco da paz, "eu pela simplicidade da minha theologia que é muito pouca e assim não sabe achar tão largos caminhos de agradar a Deus como os grandes theologos, não alcanço como se possa em consciencia fazer-se esta paz."[2]

[1] O *Papel Forte* está publicado nas *Obras Ineditas* do Padre Antonio Viera, Lisboa. 1856, Tomo III, pags. 5–58.

[2] J. F. Lisboa, Op. cit. pags. 112–118.

O Desembargo do Paço tambem se manifestou contrario a restituição de Pernambuco e lembrou ao Rei a conveniencia de convocar as antigas cortes da Monarchia para resolver em definitiva sobre assumpto de tamanha monta. E accrescentou, naturalmente resentido com a intrusão de Vieira, cuja opinião peazava no animo de Dom João IV: "E se alguns particulares, sem lhes tocar por officio, annunciarem outra cousa, afaste-os Vossa Magnestade de si, e não os ouça que são prophetas falsos. Não são estes os Conselheiros que Deus deu a Vossa Magestade senão seus tribunaes e ministros, a quem só assiste com particular auxilio para aconselharem verdades."

Emquanto as discussões se arrastavam em Lisboa a situação do embaixador portuguez na Haya era quasi insustentavel. Ainda a Companhia das Indias Occidentaes não se recobrara da sorpreza da primeira derrota das tropas hollandezas nos montes Guararapes, já uma noticia muito mais grave começou a circular: a reconquista de Angola e da ilha de S. Thomé, em Agosto de 1684, por Salvador Correa de Sa e Benevides, partido do Rio de Janeiro, com uma esquadra equipada por subscripção aberta entre os commerciantes e proprietarios daquella cidade. Houve uma indignação geral. O povo da Haya amotinou-se diante do edificio da embaixada portugueza. Desencadeiaram-se as tropelias classicas vingadoras da soberania nacional insultada: as vidraças partidas, tentativas de pilhagem. A guarda do Principe de Orange chegou a tempo de evitar que o tumulto tivesse consequencias mais serias. Formara-se um ambiente de odio contra o embaixador portuguez, a cujas machinações e perfidias se attribuiam os desastres das armas hollandezas: os marinheiros zelandezes diziam publicamente estarem dispostos a lançar ao mar Francisco de Souza Coutinho se este ousasse embarcar em navios da sua Provincia.

Os Estados Geraes escarmentados intimaram o Embaixador a deixar a Haya. Este respondeu altivamente que não o faria sem ordem expressa do seu Governo. Por fim, Dom João IV deu por terminada a missão, mandando retiral-o pela recredencial de 5 de Março de 1649. Mas a morte do seu substituto, Dom João De Menezes, deixou-o ainda por algum tempo na Haya.

Nestes ultimos mezes e emquanto aguardava a nomeiação do seu successor, a sua acção continuou a ser util aos interesses portuguezes. Um derradeiro episodio assignalou esta extraordinaria missão, dando mais uma prova da incontestavel habilidade do diplomata portuguez: um francez conchavado com algumas altas personalidades da administração hollandeza, tentou subornar o secretario de Francisco de Souza Coutinho, tambem de nacionalidade franceza, a fim de que este obtivesse os despachos e papeis que o embaixador portuguez recebia de Dom João IV, relativos ás negociações do Brasil, recebendo em troca desse serviço uma larguissima recompensa. Posto ao corrente do plano pelo seu fiel secretario, Souza Coutinho tomou algumas folhas de papel com a assignatura do Rei, encheu-as de instrucções fantasticas, tendentes a fazerem crer que os portuguezes, premidos pelas difficuldades da guerra com a Hespanha e assoberbados de embaraços no interior, se encontravam nas melhores disposições para concluirem um tratado definitivo de paz com as Provincias Unidas, mediante o reconhecimento da soberania hollandeza nas terras do Brasil. "E foi tão util este não imaginado accidente," commenta o Conde de Ericeira, registrando o facto, "que fez suspender uma armada que estava prevenida para o soccorro de Pernambuco."[1]

No Brasil os hollandezes estavam reduzidos a mais critica situação. A segunda batalha dos Guararapes, perdida a 16 de fevereiro de 1649 tirara-lhes as

[1] Historia de Portugal restaurado, por D. Luis de Meneses, Conde da Ericeira, Lisboa, 1751, Tomo II, pags. 852.

derradeiras esperanças. A capitulação do Recife era agora uma questão de tempo, a menos que não chegassem poderosos reforços instantemente reclamados da Hollanda.

A Corte portugueza no intimo rejubilava com a feição dos acontecimentos, pois via quasi finda a reconquista do Brasil hollandez, sem a sua participação directa. Dom João IV, egoista e pouco generoso, depois de ter applaudido a feliz gestão do seu embaixador, recusou dar-lhe o premio promettido "por não dar exemplos a outros de prometter em seu nome o que não podia satisfazer." Mas o perigo estava passado. Dahi em diante as negociações iam entrar em uma nova phase.

O Governo portuguez nomeou novo embaixador para a Haya! a escolha recahiu sobre Dom Antonio de Souza de Macedo, então uma das figuras mais conspicuas das letras portuguezas! O seu poema heroico *Ulyssipo* e grande numero de outras obras sobre varios generos conferiram-lhe um logar assignalado entre os cultores classicos da lingua. Não lhe faltava tambem o tirocinio diplomatico, condição primacial de exito na missão ás Provincias Unidas. Na qualidade de secretario de Dom Antão d'Almada, embaixador em Londres, assistira as delicadissimas negociações de que se originaram o reconhecimento official da independencia portugueza por Carlos I da Inglaterra, sem embargo dos esforços em contrario dos representantes do Governo hespanhol, e o tratado de paz e commercio, assignado em 29 de Janeiro de 1642 que concedia aos subditos inglezes uma serie de privilegios commerciaes que quasi os equiparavam aos naciones. Terminadas as negociações, Dom Antão d'Almada retirou-se de Londres, deixando a embaixada a cargo de Dom Antonio de Souza de Macedo, na qualidade de residente. Ahi foi buscal-o Dom João IV.

Logo ao chegar na Hollanda em Setembro de 1650, começou a sentir todo o peso do encargo que lhe commettera o seu governo. Faltaram-lhe com as comezinhas attenções. "On ne lui fit aucune civilité comme on avait été accoutumé d'en faire aux autres ambassadeurs." Conta Le Clerc[1] que o pedido de isenção de direitos para objectos de consumo domestico foi lhe devolvido sem resposta. Os representantes das Provincias de Zelandia, Utrecht, Vuricel e Frisia eram de opinião que se devia despedir o embaixador sem maiores formalidades. Antonio de Souza de Macedo não se desconcertou: aguardou pacientemente a fixação do dia para a entrega das suas credencias. Depois de quasi seis mezes de espera foi por fim recebido em sessão de 6 de Março de 1651, proferindo por essa occasião um discurso em latim "qui ne contenait que des plaintes et des complimens." Os Estados Geraes, por iniciativa dos deputados da Provincia de Hollanda, nomeiaram uma commissão para examinar o teor dos artigos submettidos anteriormente a Francisco de Souza Coutinho, e redigiram sobre as mesmas bases e com as modificações necessarias reclamadas pelos acontecimentos um novo projecto de tratado, o qual, contra todas as regras, foi apresentado a Dom Antonio de Souza de Macedo, com a intimativa formal de aceital-o ou recusal-o sem discussão, dentro de oito ou dez dias, o mais tardar. Nos seus vinte e tres artigos se estipulava que Portugal restituiria todos os territorios retomados pelos insurrectos pernambucanos desde o Ceará até ao Rio Real, com todos os seus pertences, o littoral de Angola, a ilha de S. Thomé, dez mil caixas de assucar e uma serie de outras concessões cada qual mais descabida.

Dom Antonio de Suza de Macedo com o objectivo de ganhar tempo, enviou aos Estados Geraes uma memoria, acompanhada de uma carta firmada pela Rainha Christina, de Suecia offerencendo a sua mediação para liquidar ami-

[1] Histoire des Provinces Unies des Pays-Bas, Amsterdam, 1723, Tomo II, pag. 304.

gavelmente as pendencias entre os dois Governos. Os Estados Geraes recusaram delicadamente a mediação e insistiram com o enviado portuguez por uma resposta definitiva ás proposições constantes do tratado submettido ao seu exame e aprovação.

Não havia mais hesitar. Era forçoso ser franco e falar claro. Antonio de Souza de Macedo redigiu um longo Memorial em que recordava a acção de Francisco de Souza Coutinho, seu antecessor na Haya, as varias tentativas inutilmente feitas para impedir a remessa de tropas para Pernambuco, o que somente irritava em vez de apaziguar o animo dos rebeldes, as difficuldades que encontrara o Governo portuguez para submetter os Pernambucanos que declaravam recorrer antes aos Reis de Castella que continuar sob o dominio dos hollandezes. Rematava com a declaração de que chegadas as cousas áquelle extremo, só restava a Portugal sanccionar as conquistas feitas, isto é, obter a restituição do Brasil hollandez, mediante concessões que Dom João IV estava disposto a frazer. E acenava com as possiveis vantagens: liberdade de commercio e de navegação nos portos de Portugal e das colonias, preferencia de fretes para os navios hollandezes, concessões vantajosas no commercio do sal em Setúbal, uma indemnização de oito milhões de florins para a Companhia das Indias Occidentaes, a obrigação do pagamento reciproco das dividas particulares entre Hollandezes e Portuguezes.

A memoria foi mal recebida. O primeiro movimento de pasmo transmudou-se em indignação. Os seus termos foram considerados offensivos á dignidade dos Estados Geraes. Antonio de Souza de Macedo accrescentou tranquillamente que esta era a unica resposta que o seu Governo o autorizara a dar as proposições dos Estados Geraes e fez sentir com vehemencia que Portugal estaria disposto a todos os sacrificious para a guarda e defeza do seu patrimonio territorial, se a guerra ha tanto tempo evitada se tornasse uma necessidade nacional. Esta linguagem clara e translucida a que não estavam acostumados os representantes dos Estados Geraes desconcertou-os um instante. Resolveram sem mais detença cortar relações com o embaixador portuguez e não consideral-o mais agente diplomatico. Foram-lhe cassadas todas as immunidades inherentes ao seu cargo. Perdida a categoria de ministro, os credores não o pouparam: chamaram-no aos tribunaes e tentaram mesmo prendel-o. E para ainda mais irritar a opinião, propalou-se o boato de que Antonio de Souza de Macedo tentara subornar varios membros da assemblea dos Estados Geraes. Por fim, o receio de que a noticia destas desconsiderações irritasse a corte portugueza e provocasse represalias contra os hollandezes que negociavam em Portugal, decidiram os Estados Geraes a entregar os passaportes ao embaixador, 12 de Março de 1651, pedindo previamente uma relação completa de todos os seus moveis "de peur qu'il n'emportât des marchandises."

Era a declaração de guerra que a consummada habilidade de Francisco de Souza Coutinho retardara. Os Estados Geraes, fatigados, das delongas, dispuzeram-se a aceitar francamente a luta.

Era um pouco tarde. Os papeis agora estavan invertidos. A situação das forças hollandezas encurraladas no Recife tornava-se cada vez mais critica. As desavenças entre os chefes civis e militares, a impontualidade no pagamento do soldo as tropas, as deserções, o desanimo, as fadigas, o descontentamento geral, prenunciavam a catastrophe proxima. Successivos mensageiros deixam o Recife com destino a Hollanda, portadores de relatorios, cartas, memoriaes, descrevendo os horrores do assedio, dando conta da extrema miseria a que tinham chegado os sitiados. Uma destas representações concluia resignadamente: "Que não restava mais recurso senão arranjar-se com Portugal." Os directores da Companhia das Indias Occidentaes limitaram-se a cruzar os braços. Antonio de

Souza de Macedo depois de deixar bem claramente definidas as propostas portuguezas, deixou a Haya. A situação politica da Hollanda é cada vez mais grave e a perspectiva do perigo interno faz esquecer por instantes as colonias remotas. As relações internacionaes entre as Provincias Unidas e a Inglaterra tornam-se cada vez mais tensas: a competição commercial das duas grandes potencias maritimas desfecha numa guerra de predominio naval. Cromwell promulgando o famoso *Act of Navigation* fornece o ambicionado pretexto. Estatuindo que o commercio da Inglaterra com as suas colonias so poderá ser feito em navios britannicos e prohibindo que navios estrangeiros transportem para a Inglaterra productos que não provenham do seu paiz de origem, Cromwell, ao mesmo tempo que lança os fundamentos da marinha mercante do seu paiz, vibra um golpe mortal no poderio maritimo das Provincias Unidas, cujos navios espalhados por todos mares alimentavam incansavelmente o commercio universal. A luta prolongou-se até 1654, com a destruição de força naval das Provincias Unidas. Os successos parciaes do Almirante Tromp não compensaram as graves perdas infligidas pelo almirante inglez Blake. Nessa emergencia, não havia cogitar de enviar soccorros para o Brasil desamparado. Os continuos pedidos eram pacientemente archivados pelo Conselho dos Dezenove, na espectativa de dias mais prosperos.

No meio de todas as suas complicações com a Inglaterra, os Estados Geraes ainda fizeram uma derradeira tentativa: em 1653 mandam a Lisboa com o fim de negociarem um tratado definitivo de paz, Wouter van der Houve, antigo representante diplomatico da Hollanda em Portugal, e Gysbert Rudolphy, por parte da Companhia das Indias Occidentaes. "Elles pediam somente," diz Netscher, "a posse do Recife, da Parahyba, do Rio Grande do Norte, do Ceará, assim como a liberdade de commercio e de religião em todo o Brasil para os Hollandezes. Em compensação os navios portuguezes podiam considerar o Recife como porto livre."

Dom João IV recusou terminantemente discutir qualquer ajuste sobre semelhantes bases. Providenciou para que a frota pertencente a recemfundada Companhia Geral do Brasil partisse para o Recife, sob o commando do Almirante Pedro Jacques de Magalhães e do Vice Almirante Brito Freire. A 20 dezembro de 1653 as sessenta velas portuguezas appareciam no porto do Recife e depois a capitulação da campina do Taborda, de 26 de Janeiro de 1654, assignalava o termo do dominio hollandez no Brasil.

Em junho deste mesmo anno chegaram as primeiras noticias dos acontecimentos na Haya, onde o facto, ainda que esperado, provocou uma profunda impressão. Schoonenborch e Haecs, membros do grande conselho do Recife, apresentaram um longo relatorio aos Estados Geraes, justificando o seu procedimento, narrando as varias peripecias da luta, e mostrando que só á indifferença da Companhia das Indias Occidentaes, surdas aos constantes reclamos de tropas e munições, se devia attribuir o completo mallogro da colonização do Brasil. Sigismundo van Schkoppe elaborou tambem um longo memorial, abundando nas mesmas considerações e demonstrou que a capitulação da praça do Recife era uma consequencia inevitavel do completo abandono em que a Companhia a deixara sem embargo dos successivos pedidos de reforços. Recordou a situação intoleravel em que se encontraram os defensores do Recife nos dias que precederam a capitulação, o descontentamento dos soldados mal pagos, ameaçando a cada instante saqueiar a cidade, as continuas deserções, um só navio *O Brasil* para defender a costa contra uma esquadra de sessenta e oito naus portuguezas, a absoluta falta de mantimentos, e mais do que tudo a convicção geral de que a guerra com a Inglaterra não permittiria a Companhia das Indias Occidentaes obter das Provincias Unidas reforços de tropas para o Brasil a fim de serem renovados os quadros desfalcados.

Deputados escolhidos pela assemblea dos Dezenove examinaram os memoriaes apresentados e resolveram mandar effectuar a prisão dos dois conselheiros e do Coronel van Schkoppe, antes de proferir qualquer julgamento. Schkoppe por sentença de 20 de Março de 1655, pronunciada em conselho de guerra, foi privado dos seus soldos, desde a data da capitulação do Recife e ao pagamento das custas. Os Conselheiros Schoonenborch e Haecs foram entregues as justiças das suas provincias.

Emquanto as Provincias Unidas liquidavam as suas questões no norte da Europa, Portugal ficou esquecido.

Só em 1657, fallecido Dom João IV e na regencia da rainha viuva D. Luiza de Gusmão, durante a menoridade de Affonso VI, voltou á baila a questão do Brasil hollandez. Uma forte esquadra hollandeza sob o commando do almirante van Wassenaar entrou no Tejo, conduzindo uma missão especial composta dos delegados hollandezes Michel ten Hooven e Gysbert de With, antigo membro do Grande Conselho do Recife e um dos signatarios da capitulação dessa praça.

Vinham mais uma vez dictar as condições de paz em Lisboa.

Na primeira audiencia solenne que lhes foi concedida pela Rainha apresentaram uma longa mensagem de pezames escripta em latim, deplorando a morte de Dom João IV, com muitos votos pela prosperidade do novo monarcha e um ultimatum com a declaração de ser respondido dentro de duas semanas.

Era a reproducção do mesmo processo empregado com D. Antonio de Souza de Macedo. Somente agora, uma poderosa esquadra reforçava as propostas que a diplomacia não conseguira obter por meios susorios. Reclamavam nada mais nada menos que a restituição de todo o Brasil hollandez comprehendido entre o Ceará e o rio de S. Francisco, o littoral de Angola e a ilha de S. Thomé, de todo o material de guerra tomado aos hollandezes pelos insurrectos pernambucanos, a reparação de todos os prejuizos soffridos pelos hollandezes em virtude da reconquista desses territorios e o pagamento de uma indemnização de seiscentos mil florins a Companhia das Indias Occidentaes e mais dez mil caixas de assucar annualmente, durante treze annos, a entrega de mil bois de jugo, mil vaccas de cria, trezentos cavallos, seiscentas ovelhas annualmente durante seis annos. E ainda mais: as dividas seriam pagas reciprocamente e os Portuguezes que desejassem retirar-se dos territorios restituidos as Provincias Unidas, poderiam vender mas não remover as suas propriedades.

Os conselheiros da Rainha ficaram aterrados ante a enormidade de semelhantes exigencias, amparadas pelos navios do Almirante Wessenaar e pela frota do Almirante Ruyter que ja fôra mandado chamar do Mediterraneo para cruzar nas costas portuguezas com ordem de capturar qualquer navio de nacionalidade portugueza.

Os estadistas que cercavam a rainha D. Luiza de Gusmão e a propria Rainha, com o seu espirito decidido e varonil, procederam com a maior circumspecção no encaminhamento dessas delicadas negociações e não desmentira mas tradições de hombridade e de patriotismo de que já tinham dado provas os conselheiros do reinado anterior durante todo o curso dessa triste questão. Começaram por declarar que só entrariam no exame das proposições hollandezas se os delegados tivessem instrucções para modifical-as de conformidade com a pratica seguida por todas as nações, e lembraram que tendo os Estados Geraes concordado na mediação de Luiz 14 de França fosse o representante desse paiz em Lisboa convidado a collaborar nas negociações.

Aceita esta indicação tiveram inicio as negociações. Examinaram-se largamente as propostas e contrapropostas das duas partes: os hollandezes já se

resignavam a abrir mão de Angola e da ilha de S. Thomé, a reduzir a importancia da indemnização, mas faziam questão fechada da devolução do Brasil hollandez. "A isto responderam os portuguezes que si se puzesse de parte a exigencia da impossivel restituição, Sua Magestade daria ordem para negociarem sobre o resto, custasse o que custasse." E propunham a cessão de Angola e de S. Thomé, conservando o Brasil integro. Mas os delegados hollandezes recusaram categoricamente discutir qualquer proposta que não tivesse por base a restituição de Pernambuco.

A negociações pareciam destinadas a se mallograrem: os portuguezes ante a obstinação dos delegados hollandezes recorreram ao embaixador francez em Lisboa, Sr. de Cominges; este propoz "que apresentassem os commissarios, se se tinham poderes para tanto, um projecto abstrahindo da restituição, e que si os não tinham se mandasse a Hollanda uma embaixada que alli pudesse assentar uma paz solida, mediante os bons officios da França e de Inglaterra; ou, si nisto se visse inconveniente, fosse a França o lugar da conferencia. Declarou-se a Rainha prompta a acceder a qualquer das indicadas alternativas. os Commissarios protestaram que nada podiam fazer sem a restituição de Pernambuco. O representante de França arguiu que era isto nada menos do que renunciar a mediação do seu soberano, sendo o officio do mediador moderar as condições rigorosas, mas os hollandezes insistiram em que a restituição de Pernambuco era condição *sine qua non*." [1]

Diante desta insistencia o Secretario de Estado Pedro Vieira da Silva fez saber aos commissarios que Portugal não só não abriria mão do Brasil hollandez, como tambem guardaria Angola e a ilha de S. Thomé, ambas empenhadas nas negociações e que "de nenhum modo se faria cessão de territorio durante a menoridade do Rei, pois, alem de tudo quanto era ocioso dizer, a isso se oppunham as leis portuguezas." E accrescentava que a restituição de Pernambuco "era mesmo impossivel dada a indole dos Pernambucanos, povo resoluto, altivo e de caracter firme, que de preferencia a soffrer o dominio das Provincias Unidas das quaes tinha tantas queixas, se entregaria a qualquer outra Potencia."

A resolução da Corte foi perfilhada pelo paiz inteiro. Os tribunaes e corporações do reino foram unanimes em protestar o seu apoio a Rainha e aos Conselheiros de Corôa unanimemente declararam as corporações consultadas que os annaes do reino não registravam até alli um exemplo siquer "de se ter diminuido o patrimonio da Corôa durante a menoridade do soberano e que todos os portuguezes estavam dispostos a morrer em defeza do territorio ganho pelos seus maiores. Consultaram-se ainda pessoas inteiradas dos negocios do Brasil e todas protestaram ser impossivel a restituição" pleiteada com teimosia tão insolita e humilhante. Declararam os commissarios flamengos que só restava então a alternativa da força e os Portuguezes convidaram os seus conterraneos a dizer com os Macchabeus: "Não tomamos a terra de outrem, nem guardamos a que não seja nossa." Os conselheiros da Rainha fizerem publicar um manifesto explicando tudo as Cortes da Europa, que terminava por estas palavras: "Dissimulou-se a offensa quanto foi decente; offereceu-se pela paz quanto foi possivel e o contrario mostra-se surdo a justica."

Estava aberto o litigio. Mandou-se logo embargar em Lisboa e em Setubal os navios mercantes hollandezes.

Os Delegados hollandezes surprehendidos com o curso inesperado dos acontecimentos deram por finda a sua missão. Solicitaram da Rainha uma audiencia de despedida que lhes foi recusada. A depois de se manifestarem "muito sentidos de se verem privados dessa honra" deixaram em mãos do Secretario

[1] Le Clerc, Op. cit., pag. 306.

de Estado uma carta lacrada, destinada a Rainha contendo as despedidas e a declaração do estado de guerra entre as Provincias Unidas e Portugal.

Não tardaram os primeiros actos de hostilidade. A esquadra commandada pelo almirante Ruyter recebeu ordens para cruzar em frente a boca do Tejo e aprisionar os navios portuguezes procedentes do Brasil, os quaes descuidadamente e ignorantes da subita declaração de guerra cahiam em poder do inimigo sem offerecer resistencia.

Em fins de 1657, os temporaes, o inverno e a falta d'agua forçaram o almirante hollandez a demandar as costas do seu paiz, de onde voltou ainda para Portugal em Julho de 1658, até que as complicações entre as Provincias Unidas e o Reino da Suecia reclamaram a sua presença no mar Baltico.

A paz dos Pyreneus em 1659 retirou o derradeiro inimigo da Hespanha na Europa. Portugal ficou entregue a sua propria sorte. A noticia foi acolhida em Lisboa quasi com terror: a perspectiva de uma guerra com a Hollanda e agora contra a Hespanha desembaraçada então de todos os seus poderosos adversarios, era de natureza a alarmar os mais optimistas. Pensou-se um momento na trasladação da corte portugueza para o Brasil. Felizmente os acontecimentos mudavam de feição. O Cardial Mazarino consentiu em enviar para Portugal a fim de prestarem auxilio ao exercito portuguez os Condes de Schomberg e de Inchinquin, e sabe-se que na batalha do Ameixial que decidiu da independencia de Portugal Schomberg tinha sob as suas ordens mais de seiscentos officiaes francezes que depois da paz dos pyreneus se tinham passado para Portugal "com o tacito assentimento de Mazarino."[1]

Novas negociações tinham-se entabolado na Haya; mas os perfidos manejos da Corte de Hespanha tinham feito fracassar todas as tentativas para a celebração do tratado de paz, e a missão terminara por um formidavel escandalo. Dom Fernando Telles de Faro fôra nomeiado embaixador na Haya em substituição de Antonio Raposo, que desde a retirada de Dom Antonio de Souza de Macedo, ali ficara assistindo zelosamente os intereses de Portugal. O novo embaixador "pensando ou que os negocios da sua patria iam a garra, ou que os seus particulares poderiam melhorar com este acto de traição" abandonou completamente a missão que lhe fôra confiada e passou-se para o serviço da corte de Hespanha. A traição só foi descoberta quando Fernando de Faro, juntamente com o duque de Aveiro, se passou para a Hespanha e poz os seus serviços a disposição de Felippe IV, levando comsigo, conforme se dizia, a quantia de trezentos mil cruzados.

Nemeou-se logo um novo embaixador, Henrique de Souza Tavares da Silva, Conde de Miranda, que partiu para a Haya em 21 de Outubro de 1659, acompanhado de su familia, do Secretario da embaixada, o activo Diego Lopes de Ulhoa, e de Jeronymo Nunes da Costa que havia de prestar tão excellentes serviços, como interprete durante as negociações.

O Conde de Miranda encontrou uma proposta submettida pelo seu antecessor ao exame dos Estados Geraes: nos seus termos Portugal guardaria o Brasil hollandez, a troco de uma indemnização de cinco milhões de cruzados, a concessões favoraveis ao commercio hollandez em Portugal e nas colonias, a satisfação das reclamações dos hollandezes prejudicados com a perda de Pernambuco. O Conde de Miranda enviou o texto desta proposta a Rainha regente em Lisboa, pelo intermedio de Diogo Lopes de Ulhoa.

Em 14 de Janeiro, o Conde de Miranda foi recebido solennemente pelos Estados Geraes: num discurso alludiu ao "affecto com que Portugal desejva a paz com as Provincias Unidas, os motivos com que esperava dellas a mesma correspondencia, os poderes que trazia para continuar o Tratado que Diogo Lopes de Ulhoa levara a Lisboa, os grandes interesses que as Provincias

[1] Rocha Pombo, Historia do Brasil, Tomo IV, pag. 643.

Unidas tinham na conservação de Portugal, e ultimamente pediu commissarios para conferir materias tão importantes."

O Conde de Miranda teve as primeiras conferencias com o Pensionario da Hollanda, o qual estava plenamente autorizado a negociar o tratado de paz. Quando o embaixador portuguez atacou de frente a questão do Brasil hollandez, Witt excusou-se allegando que as clausulas constantes do Tratado negociado anteriormente com Fernando Telles de Faro não tinham sido unanimemente approvadas pelas Provincias Unidas.

Era o resultado da propaganda que faziam na Haya os enviados do Rei de Hespanha que diziam abertamente que "Portugal havia de entregar as praças do Brasil se apertassem com ameaços de guerra."

O Conde de Miranda não desanimou. Todos agora tinham interesse em liquidar de vez essa irritante questão que prejudicava especialmente os commerciantes hollandezes, cujos protestos chegaram até a assemblea dos Estados Geraes pelos representantes da Provincia de Hollanda que a 1 de março de 1560 suggeriu a conveniencia e a necessidade de se celebrar a paz definitiva com Portugal mediante os bons officios do rei de Inglaterra, o qual dentro em breve esposaria a infanta portugueza Dona Catharina, filha de Dom João IV. Aventurou-se tambem a idea de enviar a Londres uma embaixada hollandeza, encarregada de solicitar a mediação de Carlos II e de negociar sob os seus auspicios uma suspensão de armas, durante a qual se faria uma exposição completa de questão entre or dois Governos desde o seu inicio. As Provincias de Gueldres, Zelandia, Utrecht e Groninga oppuzeram-se tenazmente a estes propositos, sustentando com calor a causa da guerra, emquanto Portugal não fizesse entrega das terras do Brasil hollandez. E quanto as negociações, caso fossem iniciadas, aquellas Provincias opinavam que ellas se realizassem na Haya.

Pelo seu lado o Embaixador de Portugal, Conde de Miranda, fez saber aos Estados Geraes que ha anno e meio tinha communicado a resolução do Governo Portuguez de que em hypothese alguma os territorios do Brasil seriam devolvidos ás Provincias Unidas e que as suas instrucções o autorizavam a negociar um equivalente pela completa desistencia da Hollanda a todos os direitos que ella julgasse ter sobre o Brasil.

E emquanto as Provincias discutiam as vantagens e desvantagens desta proposta, o Conde de Miranda redigiu e apresentou a 23 de Maio de 1661 uma proposta no fundo semelhante a que Lopes de Ulhoa, levara a Lisboa, com a reducção da indemnização em dinheiro de cinco para quatro milhões de cruzados.

A proposta portugueza foi longamente debatida. O espirito ganancioso e mercantil da Companhia das Indias Occidentaes por mais de uma vez ameaçou o bom exito das negociações. Concordes quanto a indemnização em dinheiro, os delegados discutiam interminavelmente a questão de saber se a importancia deveria ser distribuida aos accionistas ou aos directores da companhia.

A Zelandia teimava em oppor-se a qualquer arranjo que excluisse o Brasil. E para ainda mais complicar a situação o embaixador de Hespanha, com o intuito de crear difficuldades a Portugal ainda em guerra com o seu paiz desde 1640, relembrava aos Estados Geraes os artigos 5 e 6 do Tratado de Münster de 30 de Janeiro de 1648, pelos quas a Hespanha se compromettera a restituir aos hollandezes as conquistas feitas sobre terras ultramarinas da monarchia portugueza.[1]

[1] Recueil des instructions données aux ambassadeurs et ministres de France depuis les traités de Westphalie jusqu'à la révolution française publié sous les auspices de la commission des archives diplomatiques au Ministère des Affaires Etrangères. Portugal, avec une introduction et des notes par le Vte. de Caix de Saint-Aymour, Paris, 1881, pag. xxxvii.

A Inglaterra, dominada pelo seu egoismo tradicional e ainda não satisfeita com o presente que lhe dera o consorcio com a infanta portugueza, isto é, dois milhões de cruzados e as praças de Tanger na Africa e Bombaim na Asia, oppunha-se agora a que os Portuguezes concedessem aos subditos das Provincias Unidas as concessões e vantagens commerciaes que ella obtivera antes.

Por fim, o tratado escripto em latim e redigido em vinte e seis artigos foi assignado a 6 de Agosto de 1661 pelo Conde de Miranda embaixador de Portugal e os delegados dos Estados Geraes.[1]

O tratado estipulava a cessação das hostilidades na Europa dentro de dois mezes contados do dia da assignatura, e nas colonias logo depois da sua publicação. Era a reproducção da famosa clausula do Tratado de 1641 que permittiu a Mauricio de Nassau mandar reconquistar o Maranhão antes da publicação official das treguas. Portugal inexplicavelmente retardou ainda desta vez a ratificação do tratado que só se realizou nove depois da assignatura, perdendo assim nas Indias Orientaes todos os territorios conquistados pelos hollandezes neste intervallo.

Nos outros artigos estabelecia-se uma serie de medidas vantajosas aos hollandezes: o pagamento as Pronvincias Unidas de uma indemnização de quatro milhões de cruzados, em prestações annuaes de duzentos e cincoenta mil; liberdade de commercio e de navegação; a creação de um foro privativo de hollandezes residentes em terras portuguezas, formado por um juiz conservador incumbido de julgar todas as causas e demandas em que fossem parte subditos das Provincias Unidas; concessões no commercio do sal de Setubal; liberdade de culto e regulamento das indemnizações a que se julgassem com direito os subditos dos dois paizes prejudicados com a guerra.

O primeiro artigo feriu fundo o amor proprio dos Pernambucanos: era-lhes penosa a obrigação de restituir aos Estados Geraes toda a artilharia que tivesse ficado no Brasil com as armas ou insignias da Companhia ou dos Estados geraes. Quanto ao mais o Brasil cumpriu lealmente o seu dever: novos impostos foram creados para que elle concorresse com a sua quota no pagamento da indemnização negociada.

E estava encerrada a invasão hollandeza. Fechar-se com a sua expulsão o long o e doloroso drama da defeza da terra. Nenhum perigo serio ameaçou depois a integridade territorial do Brasil. Inicia-se uma nova era: a conquista dos sertões e o alargamento das fronteiras romanticas traçadas em Tordesillas.

É o periodo das Bandeiras o mais ruidoso e o mais original da historia do Brasil.

Through the courtesy of Dr. Eduardo Sarmiento Laspiur, the doctorate thesis[2] of Señor Ernesto Restelli was presented to the Section in the following words:

Sr. Sarmiento Laspiur. Señor Presidente, la secretaría de la delegación Argentina entregó al Congreso el estudio del Dr. Ernesto Restelli que ahora tengo el placer de presentar a esta Sección.

Vinculado a su autor, en la tarea diaria inherente a las funciones que desempeña en el Ministerio de Relaciones Exteriores de mí país, y por la simpatía que origina el estudio de las mismas disciplinas científicas, me es muy grato recordarlo en esta Asamblea,

[1] Collecção de Tratados de Borges de Castro, pag. 260.

[2] Exposición de la doctrina de Drago—su importancia en el derecho internacional americano, por Ernesto Restelli. Londres: Imprenta de Wertheimer, Lea y Cia., 1912.

solicitando para su trabajo el interés que merece la materia de que trata como por los méritos de su autor, miembro de la Sociedad Argentina de Derecho Internacional.

Este estudio, sobre "La Doctrina Drago, su importancia en el Derecho Internacional Americano," viene a engrosar la ya enorme bibliografía que existe, sobre el punto, con la particularidad de que en él se plantea por primera vez, en forma precisa, por lo menos, el carácter político y americano de la Doctrina olvidados por aquellos que sólo la han estudiado desde el punto de vista jurídico o que pretenden darle un carácter universal en el Derecho internacional.

Quizás ahora, después de conocidas las deliberaciones de este Congreso, se la comprenda mejor puesto que llegarán al espíritu de los estudiosos esas ideas que se han emitido sobre una nueva concepción del Derecho internacional, así como la necesidad que se siente de buscar los fundamentos de esta ciencia, en la experiencia y en la vida real de las naciones más que en postulados filosóficos. Necesidad enunciada entre nosotros, por el Profesor Becú, de la Universidad de Buenos Aires, al fundar su programa de Derecho internacional para el curso de 1915.

Es digno de notar, cómo la Doctrina Drago encuadra en estas nuevas ideas, pudiendo afirmarse que es uno de los primeros jalones en la elaboración del cuerpo de principios que constituirán en lo futuro el nuevo Derecho internacional.

La obra de Drago en este sentido es muy importante siendo él con justo título uno de los precursores en esa evolución.

Los pactos de limitación de armamentos entre la República Argentina y Chile son un ejemplo. El problema europeo que no pudo ser resuelto en La Haya y trajo quizás la actual guerra, encontró, con su intervención, soluciones en América.

Sus discursos en La Haya determinando el concepto inalienable de la soberanía precisan otro aspecto americano y la Doctrina sobre las Bahías Históricas enunciadas en su disidencia en la Cuestión V del laudo del tribunal en el Arbitraje de las Pesquerías del Atlántico Norte, entre Estados Unidos e Inglatera, ratifica las tendencias de su espíritu hacia la solidaridad americana manifestada por primera vez en la famosa nota que encierra los fundamentos de su doctrina.

Es interesante observar que la crítica ha pretendido encontrar que algunas de las ideas de Drago no son originales desde que existían como aspiraciones de la humanidad. Pero lo que han callado es que justamente por eso resisten a esa crítica, porque lo que es bueno y útil siempre son aspiraciones humanas hasta que después de grandes desgarramientos ellas toman cuerpo y se exteriorizan en principios tutelares. Esa es también una de las diferencias entre los hombres de talento y los que no lo tienen. Mientras estos se con-

funden con esos elementos, aquellos construyen y fundan teorías. Y este es uno de los aspectos de la obra de Drago esencialmente constructiva en pro del progreso de nuestro Continente.

Esa doctrina, que como bien lo saben y lo han expuesto en sus obras algunos de los profesores aquí presentes, no es llamada en este país, como se ha pretendido, Doctrina Calvo ni tampoco se le objeta como comprensiva en la Doctrina Monroe puesto que no sólo la admiten como complementaria de esta última sino que algunos llegan a afirmar que la enunciación de la Doctrina Drago ha prestigiado a la de Monroe. No puedo resistir la tentación de recordar la opinión de nuestro ilustre presidente, que asistió como delegado de este país a la Segunda Conferencia de La Haya, al manifestar que "con la de Drago la Doctrina Monroe ha hecho su primera y formal entrada en el Derecho público de Europa como en el de América."[1]

Y es sin duda, dice Restelli, glosando opiniones de hombres eminentes, que ese triunfo de que hablaba el Dr. Brown Scott se debe al esfuerzo e inteligente actuación del Dr. Drago en el seno de la Conferencia. "Sin su valiente iniciativa al declararse contra el uso de la fuerza para el cobro de las deudas públicas, dice nuestro eminente colega, Honorable David Jayne Hill, uno de los pensadores más profundos de esta gran república, la cuestión jamás hubiera sido llevada a la conferencia. Es absolutamente necesario señalar que esa convención es, no sólo una ganancia sustancial en el progreso de sustituir la fuerza por la justicia en las relaciones internacionales sino que también demuestran un espíritu de conciliación y aprecio de la equidad en el tratamiento de los débiles por los fuertes que promete mucho para el futuro."[2]

El día de ayer, decía, "Le Courrier de la Conference" de 19 de julio de 1907, ha sido un día histórico para ella (La América del Sur). Desde la proclamación de la Doctrina Monroe los anales de la América del Sur no han presentado ningún hecho que constituya un episodio más memorable de su historia que la proclamación de la Doctrina Drago, que ha tenido lugar ayer en la Sala de los Caballeros. Porque sin esta última, la Doctrina de Monroe no es completa. La América del Sur ha continuado la obra de la América del Norte. Y esta es la primera vez que la independencia del Nuevo Mundo ha quedado asegurada.

He afirmado que la Doctrina Drago es un postulado político y un principio americano de Derecho internacional y así lo demostró su autor en la Conferencia de La Haya.

En un momento memorable, dijo entonces, la República Argentina proclamó la doctrina que excluye del Continente americano las operaciones militares

[1] James Brown Scott, "The Work of the Second Hague Peace Conference," American Journal of International Law (January, 1908). Su obra conocida como Scott, "Cases in International Law" es la más difundida en las Universidades de los Estados Unidos. Véase Hart, Profesor de Harvard—"The Monroe Doctrine—An Interpretation," 1916.

[2] David Jayne Hill, "The Net Result of The Hague," Washington, 1908.

y la ocupación de territorios, derivados de empréstitos de Estados,—aún cuando se apoya en consideraciones muy serias y muy fundamentales, se trata de un principio de política y de política militante, que no puede ser y que no admitiríamos que fuera, discutido ni votado en esta Asamblea.

Lo anuncio, sin embargo, para reservarlo expresamente y para declarar en nombre de la Delegación argentina, que ella entiende mantenerlo como doctrina de su país en toda la integridad del despacho de 29 de diciembre de 1902, que nuestro Gobierno dirigió a su representante en Wáshington, con ocasión de los sucesos de Venezuela. Con esa reserva, que será debidamente consignada, y que versa sobre la deuda pública o deuda nacional proveniente de empréstitos de Estado, la Delegación argentina aceptará el arbitraje, rindiendo así nuevo homenaje al principio que tantas veces su país ha consagrado.

Más tarde al renunciar el ofrecimiento de delegado argentino a la Conferencia Panamericana de Río, repetía al Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina ese concepto en la siguiente forma:

Hemos sostenido, pues, una tesis americana, por solidaridad con las naciones de este continente, con alcance y propósitos puramente americanos. La hemos enunciado con motivo del conflicto de Venezuela, por ser Venezuela una República hermana. No habríamos hablado si el país compelido por la fuerza a pagar sus deudas hubiera sido la Turquía o la Grecia.

Entre tanto, según he tenido el honor de oirlo de sus labios, V. E. entiende que la doctrina argentina no debe limitarse a la América sino que por el contrario, se le debe sostener como principio jurídico universal, aplicable a todas las naciones civilizadas del Nuevo y del Viejo continente. Esto viene a crear una divergencia fundamental entre mi manera de pensar y la de V. E. La doctrina de la nota de 29 de diciembre de 1902 no es una doctrina jurídica propiamente tal, aunque invoque en su apoyo muy sólidas razones de derecho. Es, ante todo y sobre todo, una doctrina de política internacional americana, que sólo como doctrina política hemos podido formular y a cuyo triunfo puede aspirarse únicamente por razón política.

El carácter netamente panamericano de la obra de Drago es igualmente indiscutible; está inspirada por ideales dentro del concepto general del panamericanismo y es el que orienta la política exterior de la República Argentina; buena fe en los propósitos; vinculación fraternal con los vecinos; solidaridad con la América; amistad y respeto para la Europa. Esta fué la política que inspiraron los Pactos de Mayo celebrados con Chile en 1902; y la aceptación por la República Argentina de la invitación que le hicieran los países interesados para intervenir en las cuestiones limítrofes entre Paraguay y Bolivia y entre este útlimo país y el Perú. Esos mismos ideales motivaron la mediación en el conflicto entre el Ecuador y el Perú en 1910 y últimamente en el surgido entre Estados Unidos y México, y son los mismos y únicos que fundamentan el tratado pacifista de Buenos Aires de 1915, que se ha dado en llamar del A B C de iniciativa también argentina.

Esa tendencia panamericanista exteriorizada en 1902 se desenvolvió en forma cada vez más acentuada. Al año siguiente en un

banquete ofrecido por el Ministro de Chile, al Presidente de la República, el Ministro Drago decía:

Sud América comienza a salir de ese período indiferenciado de la infancia en que sólo preocupan los problemas que reclaman soluciones inmediatas.

Es ella, en sí misma, un gran experimento, y dentro de los lineamientos y orientaciones de la política que inicia el Siglo XX, ha de ser, con seguaridad más fácil la victoria final de las instituciones republicanas en esta parte del mundo, si todos los pueblos de una raza, sean fuertes o débiles, que luchan por los mismos ideales, se prestan los unos a los otros el apoyo moral de su simpatía y su respeto, para llegar al alto rango que les correponde en la comunidad de las naciones.

Todas la fuerzas y todas las tendencias de la civilización concurren, por lo demás, a hacer que el patriotismo se aune, sin debilitarse con un sentimiento de benevolencia tolerante que, suprimiendo los celos mezquinos y las mezquinas rivalidades y sospechas, aproxima a los hombres, cualquiera que sea la agrupación a que pertenezcan, y los vincula en el trabajo por el bien común. El viejo ideal del Cristianismo tiene así que ser, una vez más, nuestra inspiración y nuestra enseña para que las fronteras políticas del continente americano sean, no como las barreras que separan sino como los contrafuertes que dan solidez a la estructura total, o como los compartimentos de estanco que, en los buques bien construídos limitan la acción del agua en el momento del peligro e impiden el naufragio.

Y en 1906, ante nuestro eminente colega Mr. Root, entonces Secretario de Estado, de visita oficial en Buenos Aires, ratificó esos conceptos.

Es nuestro deber sagrado, decía el Dr. Drago, Presidente de la Comisión de Recepción, conservar la integridad de América, material y moral, contra las asechanzas muy reales y efectivas, que desgraciadamente la circundan. No hace mucho que uno de los más grandes jurisconsultos vivos de Inglaterra denunciaba la posibilidad del peligro. "Los enemigos de la luz y de la libertad, decía no están muertos, ni dormidos; son vigilantes, activos, militantes y astutos." Y fué precisamente obedeciendo a ese sentimiento de defensa común que en un momento solemne la República Argentina proclamó la ilegitimidad del cobro coercitivo de deudas públicas por las naciones europeas, no como un principio abstracto de valor académico, ni como una regla jurídica de aplicación universal, que no tendríamos personería para sostener, sino como un enunciado político de diplomacia americana, que, si bien se apoya en razones de derecho, tiende exclusivamente a evitar a los pueblos de este continente las calamidades de la conquista cuando ella asume el disfraz de las intervenciones financieras, de la misma manera que la política tradicional de los Estados Unidos, sin acentuar superioridad ni buscar predominios, condenó la opresión de las naciones de esta parte del mundo y el control de su destino por las potencias de Europa.

Los sueños y las utopias del momento presente son las verdades triviales de mañana y el principio proclamado ha de triunfar más temprano o más tarde. Es muy grande el reconocimiento que debemos a las naciones de Europa, y mucho lo que aún tenemos que aprender de ellas; admiramos sus instituciones seculares, nos inspiramos más de una vez en sus grandes ideales, y, por ningún concepto, quisiéramos romper o debilitar siquiera los vínculos de una amistad de largo tiempo establecida.

Pero también queramos—y es equitativo y justo,—asegurar el respeto a la tendencia y el genio de nuestras comunidades democráticas que avanzan lentamente, es cierto, que luchan, se debaten a veces, y hacen pausas; pero son fuertes y progresivas y revelan desde ahora los signos inequívocos del éxito en el ensayo más considerable que la humanidad haya realizado del sistema republicano de gobierno.

Entre tanto, para alcanzar su definitiva grandeza y pesar en los destinos del mundo estos pueblos solo necesitan aproximarse y conocerse mejor, romper el viejo sistema del aislamiento colonial, realizar en una palabra, la contracción de la América como ya se ha efectuado lo que se llama la contracción del mundo, con el acortamiento de las distancias por el ferrocarril, por el telégrafo, por los mil medios de comunicación y de intercambio de que dispone la civilización moderna.

Señores: Todos estos conceptos expuestos en forma sistemática y precisa encierra el trabajo que tengo el placer de presentaros. He dicho.

Adjournment.

GENERAL SESSION OF SECTION VI.

SHOREHAM HOTEL,
Friday morning, January 7, 1916.

Honorary chairman, ALEJANDRO ÁLVAREZ.
Chairman, JAMES BROWN SCOTT.

The session was called to order at 10 o'clock by the chairman.

The CHAIRMAN. Gentlemen, it is my very great pleasure, and at the same time my profound regret, to declare open the last session of Section VI of the Second Pan American Scientific Congress. There is so much that one would like to say on an occasion of this kind that it is difficult to know where to begin, and, having begun, it is difficult to know where to stop. Instead, therefore, of attempting to cover any part of the field which has been the subject of discussion during the past 10 days, let me, on behalf of the authorities, express the great pleasure it has given to the Government and to the officers of the congress to be permitted to welcome you in the capital of the Nation, and by providing an opportunity for the exchange of views and ideas and an opportunity for laying the basis for personal friendship, to have helped in some slight way to a better understanding of the problems common to the Americas, and to have laid the foundations of personal friendships upon which, in so large a degree, the good relations of governments depend.

This morning we are to have the pleasure of listening to two papers. This session has been especially reserved for the express purpose of providing an occasion for those who would like their words to be recorded in the congress, but who may not have had on other occasions this opportunity. It seems to me therefore that, inasmuch as a delegate of North America had the honor of opening this section of the congress, it would be as gracious as it would be eminently fitting and proper that a delegate of our Latin-American friends of the South should be asked to preside at this closing session, and to express on his own behalf and on behalf of his colleagues the feelings which I am sure are not common to the Americans of the North, but are shared by Americans to the south of us. I therefore have the very great pleasure of yielding the chair to Señor Alejandro Alvarez, of Chile, who has kindly consented to preside at this morning's session, to deliver a few remarks after the regular proceed-

ings shall have been closed, and on behalf of the officers of the congress to declare the session itself to have terminated.

Sr. ALVAREZ. Agradezco muy sinceramente las amables palabras del Dr. Brown Scott. Y en consecuencia vamos a proceder con el programa. El Dr. Sarmiento tiene la palabra.[1]

Sr. SARMIENTO LASPIUR. Señores, es para mi un gran honor el que se me haya ofrecido esta oportunidad para rendir el homenaje de mi simpatía y admiración a nuestro distinguido colega y bien conocido publicista americano, Don Alejandro Alvarez.

La circunstancia de que forme parte del cuerpo de profesores en las Universidades de Buenos Aires y de La Plata dan más importancia a este acto por cuanto puedo afirmar, sin temor de ser rectificado, de que los universitarios e internacionalistas argentinos tienen por el señor Alvarez gran aprecio y respeto por sus trabajos y por la buena fe con que ha sabido utilizar en sus obras el enorme caudal de la experiencia argentina, exponiendo con imparcialidad los principios dominantes en sus sistemas políticos y jurídicos; honestidad intelectual poco común en América y que le ha valido ser recibido siempre en mi país como un distinguido colega y amigo.

Es pues, bajo estas impresiones que emprendo con simpatías la tarea que me está señalada en el programa de nuestros trabajos para esta mañana.

La América, especialmente los pueblos latinoamericanos, han dedicado mucha atención a los estudios de Derecho internacional, promoviendo en sus hombres de estado la inclinación a esta clase de disciplina, con lo que se ha motivado trabajos muy serios sobre la materia pero que desgraciadamente se resienten por la falta de método. Son elementos que se pierden para la evolución de las ideas porque no expresan un pensamiento sistemáticamente trabajado.

La obra de Alvarez, en cambio, obedece a otro sistema: él ha dedicado gran parte de su vida a estos problemas, dividiendo su tarea entre la carrera diplomática y el gabinete de trabajo, aprovechando así de la experiencia y de la meditación que Sir William Robson[2] lamentaba no encontrar en los juristas que se ocupan de Derecho internacional.

En México, en Río de Janeiro, en Buenos Aires, en Santiago de Chile y aquí en Wáshington, en conferencias diplomáticas o científicas, las ideas de Alvarez encontraron acogida y expresión. Y ha de ser grato a su espíritu recoger el fruto de sus tareas en forma de proposiciones o de resoluciones de este Congreso Panamericano, el más grande que por muchos años se reunirá en toda América, así como el nuevo horizonte que se abre para esta ciencia con la inauguración del Instituto Americano de Derecho Internacional, que es su

[1] El discurso del Sr. Sarmiento Laspiur versó sobre: "La Gran Guerra Europea y la Neutralidad de Chile" por Alejandro Ávarez.

[2] Primer abogado de Inglaterra en el Arbitraje de las Pesquerías del Atlántico Norte.

obra y su mejor esperanza para la pronta incorporación de América, en forma definitiva, al campo científico del mundo.

Señores, la obra jurídica de Alvarez tiene por propósito demostrar la necesidad de nuevas orientaciones y de una renovación del Derecho internacional como consecuencia de la vida del antiguo y del nuevo continente en el último siglo.

Las ideas fundamentales que sirven de base a esta obra pueden sintetizarse en los siguientes aspectos: Panamericanismo; La existencia de problemas americanos; Codificación del Derecho internacional; renovación y nuevas orientaciones en su estudio.

El aspecto panamericano de este gran sistema fué tratado por primera vez por Alvarez, en The American Journal of International Law en 1909 bajo el título "*Latin American and International Law*" y desenvuelto más tarde en 1910 en la obra "Le Droit International Americain." Allí decía fundando la existencia del panamericanismo, que "el campo de la solidaridad continental se ha ensanchado considerablemente. Comprende además de lo que era hasta ahora, el estudio y la solución de todos los problemas políticos y económicos especiales al continente americano. * * * Todos los Estados de América tienen conciencia de que existe entre ellos vínculos naturales de verdadero interés, y problemas similares que resultan de su situación en el mismo continente, diferentes a los de Europa. Esta es la verdadera concepción del panamericanismo y no como lo creen ciertos autores, la realización de una política que tiende a subordinarlos económicamente a los Estados Unidos. Todo hace esperar que dentro de poco la expresión América no será simplemente una expresión geográfica sino sinónima de un nuevo continente, en el cual los Estados libres de todo prejuicio, estarán ligados por intereses de todo orden."

Este mismo concepto ha sido expuesto recientemente en el mundo oficial, por el Embajador Naón,[1] por el Presidente Wilson en su último mensaje al Congreso americano, y en su discurso de anoche, confirmando las opiniones del Secretario de Estado, Mr. Lansing, expuestas en la sesión solemne de apertura de este Congreso Panamericano.

Las ideas, pues que Alvarez expusiera en 1910, han podido en el breve transcurso de cinco años, ser definitivamente incorporadas a las ideas políticas que dominan en el continente americano, manifestadas sobre todo en la reunión de este Congreso y en la inauguración del Instituto.

La primera manifestación de este panamericanismo se encuentra en lo que Alvarez llama "faz histórica," es decir en la actitud de solidaridad continental que permitió a las naciones de América mandar sus soldados a pelear por los pueblos hermanos en sus luchas

[1] Discursos de Pittsburgh y Harrisburg.

por la independencia. Como resultado de ese anhelo americano nació un interés común de que ningún país de Europa pudiera aquirir un solo pedazo de territorio americano. Estos principios enunciados ya en 1811 en Chile, dice, revelan claramente esa conciencia Americana.

La Doctrina de Monroe proclamada en 1823, en su triple aspecto de derecho adquirido a la independencia, de no ocupación y la no intervención de Europa en las relaciones internas de los Estados de América, era, dice Alvarez, una aspiración continental, y por consiguiente verdaderos principios de derecho internacional de carácter americano y no tan solo una política de los Estados Unidos.

El panamericanismo, sostiene, no es una doctrina política destinada a contemplar intereses de países determinados; al contrario, ella por su propia naturaleza se funda en vinculaciones de solidaridad y tiene por objeto estudiar y desarrollar intereses continentales que en América son mucho más tangibles que en Europa.

Cada Estado debe seguir, con entera independencia, su destino manifiesto y resolver los problemas peculiares a su propio crecimiento, pero sin desentenderse de los intereses solidarios y continentales.

En el curso del siglo pasado, esta solidaridad continental se ha desarrollado paulatinamente revistiendo aspectos políticos, económicos, jurídicos y científicos.

Su aspecto político se ha manifestado en las Conferencias Panamericanas. Las materias allí tratadas prueban la existencia de intereses comunes, llegándose a reglamentar materias sobre las cuales los Estados de Europa no han podido ponerse de acuerdo, tales como extradición, nomenclatura comercial, y sobre todo la idea de la codificación del derecho internacional.

Las Conferencias Financieras Panamericanas exteriorizan el aspecto económico, siendo la primera, realizada aquí el año pasado, una alta manifestación de panamericanismo; pues, como dice Alvarez, se trataba de establecer una organización económica del Continente americano en forma que el comercio pudiera desarrollarse entre los Estados que lo componen con emulación pero sin ese espíritu de rivalidad que ha sido una de las causas de la actual Guerra Europa.

El aspecto jurídico lo tenemos en el Congreso de Lima de 1877, en el Congreso de Montevideo de 1889 y en la Conferencia de Juristas de Río de Janeiro para la codificación del derecho internacional. Y el Científico, en la celebración de Congresos como éste, en las Conferencias de Estudiantes que se celebran periódicamente y sobre todo en la fundación del Instituto Americano de Derecho Internacional.

Con respecto a los problemas americanos, la primera vez que Alvarez expuso su tesis fué en el Segundo Congreso Científico Latinoamericano de Río de Janeiro en 1905, ampliándola en el Primer Congreso Científico Panamericano reunido en Santiago de Chile en

1908, para traerla a la consideración de la American Society of International Law en su reunión anual en Wáshington en 1909, dándole en 1910 forma definitiva en su obra Le Droit International Americain.

La existencia de estos problemas se debe al origen histórico, a la situación geográfica y al desarrollo político y económico de los países de este continente. Para solucionarlos, dice, es necesario buscar reglas que no se encuentran todas en el derecho internacional y en cuyo caso es preciso formularlas, derivándolas de los principios universales del derecho, de la justicia y de la voluntad expresa o tácita de los Estados de América.

Y con el propósito de precisar más su concepto de dichos problemas, y poner de manifiesto su existencia, nos traza un cuadro analítico de los mismos, agrupándolos en: Problemas relativos a la condición internacional del territorio americano; relativos a la formación de los Estados de América; a las limitaciones que pueda sufrir la soberanía de los Estados americanos; problemas relativos a la delimitación de fronteras; relativos a las vías de comunicación; al aumento de población; a la condición económica de los Estados; a la responsabilidad de los Estados; a las reclamaciones diplomáticas; problemas relativos a las guerras civiles, a la unión de intereses y al estudio de problemas comunes.

Esta idea de problemas y doctrinas americanos resistida al principio, y mal comprendida por algunos publicistas, ha conseguido en estos últimos tiempos, sobre todo desde la guerra europea, hacerse camino, alcanzando su definitiva aceptación ahora, como lo demuestran los numerosos trabajos que sobre este punto se han presentado a esta sección por publicistas de toda América.

Por otra parte el Instituto Americano de Derecho Internacional en el artículo segundo de sus estatutos acepta esta tesis, estableciendo que se propone: "Estudiar las cuestiones de Derecho internacional, especialmente las cuestiones de carácter americano, esforzándose en resolverlas de conformidad con los principios generalmente aceptados si es posible, o bien ensanchando o desarrollando esos principios, o formulando nuevos, según la noción de justicia y la voluntad expresa o tácita de las Repúblicas Americanas." Y en el número quinto del mismo artículo se agrega: "Orientar el estudio del Derecho internacional en un sentido verdaderamente científico y práctico, por un método en armonía con las necesidades de la vida moderna y teniendo en cuenta los problemas de nuestro hemisferio y las doctrinas americanas."

Los reglamentos de las Sociedades Nacionales de Derecho Internacional, compuestas como se sabe, por los principales publicistas de cada país, reproducen, a su vez, casi en idénticos términos aquellas disposiciones de los Estatutos.

Y los publicistas europeos, consultados sobre la conveniencia de fundar un Instituto Americano de Derecho Internacional se manifestaron unánimes en reconocer la existencia de problemas y doctrinas especiales a nuestro continente.

Puede, pues, afirmarse que está reconocida por publicistas europeos y americanos la existencia de dichos problemas y su solución por principios de origen y carácter americanos.

Además de estos problemas americanos lo obra de Alvarez encierra la idea de la codificación del Derecho internacional.

La Tercera Conferencia Panamericana de Río de Janeiro de 1906 acordó la codificación del Derecho internacional, a cuyo efecto se reunió en Río en 1912, una comisión de jurisconsultos compuesta de delegados oficiales de todos los países americanos.

A esa reunión concurrió Alvarez como delegado de Chile, de Costa Rica y del Ecuador y presentó su trabajo sobre "La Codification du Droit International." Considera Alvarez que había ante todo una cuestión de método que resolver. Los proyectos anteriores de codificación elaborados por publicistas europeos habían fracasado por seguir métodos antiguos, estableciendo en forma de disposiciones las doctrinas expuestas por los tratadistas, en vez de proceder a un examen detenido de las modificaciones que los acontecimientos habían impuesto a la vida internacional de los pueblos, de sus causas, la evolución y los vacíos que se habían notado en las reglas jurídicas.

El Señor Alvarez no se opuso, pues, a la codificación, sino al procedimiento seguido; y en su citada obra trata de presentar las modificaciones experimentadas por el Derecho internacional en conformidad al método a que acabamos de referirnos. Ese trabajo recibió, entonces, un voto de aplauso de la Junta propuesto por el eminente Profesor Bassett Moore, delegado de los Estados Unidos.

Las Delegaciones de la Argentina y de Chile presentaron allí una moción apoyada por la Delegación de los Estados Unidos, en virtud de la cual, antes de proceder a la codificación, debían realizarse trabajos preparatorios de la manera aconsejada por Alvarez.

Se impidió, así, que se aprobaran los dos códigos presentados a dicha Junta que, siguiendo los viejos sistemas, en vez de facilitar las relaciones entre los pueblos de América, hubieran producido mala inteligencia y desacuerdo entre ellos.

En Europa, los publicistas han reconocido la superioridad del método adoptado por la Junta de Jurisconsultos de Río, sobre los métodos europeos. Así, en el XX Congreso Universal de la Paz reunido en La Haya en 1913, el Presidente M. J. de Louter, eminente publicista holandés, dijo en su discurso inaugural al referirse a los trabajos de Río: "Es imposible desconocer la diferencia entre las tentativas de codificaciones individuales y arbitrarias y el acuerdo admirable de todo un continente uniéndose para realizar una obra

gloriosa y verdaderamente constructiva. Las preparaciones, los debates, las resoluciones, en una palabra, todo el procedimiento estrictamente observado testifica de modo brillante un método severo, una voluntad firme, aspiraciones altas y sin límites. La América latina que por el talento y elocuencia de sus delegados ha sorprendido a la diplomacia europea en la Segunda Conferencia de la Paz, ha desplegado después una actividad y una fecundidad que al mismo tiempo que humilla obliga a sus antecesores. Los que creen en la paz fundada en el derecho, no pueden menos que aplaudir a los vigorosos trabajadores del otro lado del Atlántico en su tarea de establecer los fundamentos sólidos de un sistema jurídico, en vez de las fantasías efímeras y de las inútiles buenas intenciones." Reconoce en seguida Mr. Louter, que el señor Alvarez "había ejercido una influencia de la más saludable en el gran proyecto de codificación de Rio de Janeiro."

Los acontecimientos europeos que preocupan al mundo civilizado en estos momentos imponen al Derecho internacional nuevos rumbos y abren para él una nueva era, la más grande quizás en su historia, creando situaciones y problemas hasta ahora desconocidos y provocando la modificación de muchas de las reglas existentes. En una palabra exige su renovación immediata sobre nuevas bases, para orientar la opinión pública.

En la realización de esta tarea se necesita tomar en cuenta las lecciones y experiencias de la vida política y jurídica de los pueblos. En su último trabajo "*La Grande Guerre Européenne et la Neutralité du Chili*," que tengo el honor de presentar en este acto, Alvarez recoge esas lecciones y las analiza, completándolas con un juicio crítico de los casos ocurridos en Chile, relativos a su neutralidad, ante la acción de los beligerantes en el Océano Pacífico. En lo político, manifiesta la importancia que tiene en las relaciones internacionales el sentimiento de nacionalidad, hostil a todo régimen de protectorado o hegemonía; la aspiración de los pueblos a la independencia y a que en sus relaciones impere el derecho y la justicia. Este concepto, fué expuesto en forma brillante por el Presidente Wilson en la reunión plenaria a que asistimos anoche.

Bajo el punto de vista jurídico, Alvarez sostiene que el Derecho internacional ha extendido su dominio; que las reglas jurídicas no son siempre universales; que falta sanción a dichas reglas y un tribunal internacional que las aplique; que ese derecho no indica el medio adecuado para cambiar el orden jurídico existente cuando cambia la situación que le dió origen; y que no establece medios de interpretación en casos de obscuridad en sus preceptos, ni para desarrollarlos cuando ellos falten.

Precisadas estas grandes líneas de la renovación o nueva orientación del Derecho internacional, el Dr. Alvarez expone una nueva concepción para su estudio.

Según esta nueva concepción el estudio debe hacerse por etapas o gradaciones fundamentales, en vez de hacerse como hasta ahora, solamente, por instituciones.

Así, propone que, ante todo se comience por distinguir los continentes; es decir, que no se considere para la aplicación de los principios del derecho la comunidad de las naciones formando un todo indivisible, sino que, por el contrario, se consulte las diferencias propias de cada continente, estudiando las reglas que deben solucionar los problemas de Europa y los de América.

En cada Hemisferio, debe distinguirse lo que puede denominarse su Derecho público, entendiendo por tal las instituciones jurídicas y la organización política existente en el mismo, y que determina su orientación en la vida internacional.

En seguida, hay que estudiar los problemas especiales a cada continente y las reglas que los gobiernan, tomándolas de la vida de esas naciones y de sus prácticas.

Por lo que respecta a las materias de Derecho internacional que tienen un carácter general o universal, ellas deben ser estudiadas también en conformidad a la vida y prácticas de los diferentes países, distinguiendo cuidadosamente aquellos que tienen prácticas especiales y los motivos que las ocasionan.

En fin, debe tenerse en cuenta en las relaciones internacionales no solo las reglas jurídicas sino también la política de los países y los móviles a que obedece la orientación de su diplomacia. Estas ideas expuestas por Alvarez en 1912, han recibido, también, su consagración en la Conferencia de los Profesores de Derecho Internacional de los Estados Unidos que tuvo lugar en Wáshington en 1914.[1]

Señores: Sintetizando así la vasta obra de Alvarez, considero excusado repetir la necesidad que existe de que los internacionalistas se ocupen del estudio y solución de esas cuestiones que las circunstancias del momento actual reclaman sin dilación. La América, dice Alvarez, coincidiendo con la opinión que el Embajador Naón hiciera pública en su discurso de Pittsburg en abril de 1915, tiene su gran función en esa labor y ahora, con motivo de la anarquía actual debe tomar la iniciativa para estudiar y contribuir con su aporte en esa grande y nobilísima tarea.

Señores, imitando a mi ilustre colega el Dr. Bassett Moore, pido para la última obra del Dr. Alvarez un voto de aplauso como el homenaje de simpatía que le rinde esta Sección del Segundo Congreso Científico Panamericano por sus esfuerzos por la concordia americana.[2]

[1] Esas resoluciones han sido aprobadas en este Congreso y consignadas en el acta final en el Número 28.

[2] La Sexta Sección del Segundo Congreso Científico Panamericano acordó un voto de aplauso a la obra del Doctor Alvarez. Y a proposición del Ministro del Ecuador, Excmo. Señor Doctor Córdoba acordó también un voto de aplauso al Dr. Eduardo Sarmiento Laspiur por su brillante exposición.

SEÑOR ALEJANDRO ÁLVAREZ. Señores, estoy confundido y no sé cómo expresar mi agradecimiento por toda vuestra benevolencia. Debo agradecer de modo especial a mi distinguido colega Dr. Sarmiento Laspiur el brillo y habilidad con que ha condensado los puntos fundamentales de mis trabajos sobre Derecho Internacional. Las notables cualidades intelectuales del Dr. Sarmiento le han merecido, en repetidas ocasiones, la confianza de su Gobierno. Iguales sentimientos de gratitud debo expresar al Exmo. Señor Ministro del Ecuador, que ha tenido la bondad de asociarse a la proposición del Dr. Sarmiento. Estas demostraciones son el mejor estímulo para continuar en mis estudios.

Señores: hemos concluido los trabajos de la Sección VI del Segundo Congreso Científico Panamericano. No me corresponde a mí apreciar la importancia de la obra realizada: las actas y discursos que en breve se publicarán, las pondrán de manifiesto; esos trabajos son una valiosa contribución al estudio del Derecho Constitucional y Derecho Internacional en este Continente.

Interpretando los generales sentimientos que entre nosotros dominan, creo que no podemos separarnos sin expresar antes nuestra gratitud y admiración hacia el Presidente de la Sección, Dr. James Brown Scott, trabajador infatigable de la causa del progreso del Derecho Internacional en América. Me permito en consecuencia someter a vuestra aprobación el siguiente voto: "La Sección VI del Congreso Científico Panamericano propone un voto de aplauso y de agradecimiento a su eminente Presidente, Dr. James Brown Scott, por haber puesto con gran éxito su infatigable labor, su ilustración e inteligencia al servicio del progreso del derecho internacional y de las estrechas relaciones de amistad entre los Estados Unidos y los países de la América Latina."

UN DELEGADO. Propongo que se le comunique al Dr. James Brown Scott la resolución adoptada.

El PRESIDENTE. Ruego al Señor Secretario se encargue de comunicar oficialmente al Dr. James Brown Scott la proposición votada. Con ésto queda terminada la sesión.

The following papers were presented at this session as read by title:

El jurado, by Víctor Manuel Peñaherrera.

The Pan American Congresses, by Everett P. Wheeler.

La solución pacífica de las cuestiones internacionales por el arbitraje, by Adolfo Berro García.

El tratado de límites de 1909 entre el Brasil y el Uruguay y el pacifismo americano, by Adolfo Berro García.

El día de América, by Adolfo Berro García.

EL JURADO.

Por VÍCTOR MANUEL PEÑAHERRERA,

Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la Universidad Central del Ecuador.

Voy a someter respetuosamente a la consideración de los Señores Delegados brevísimas observaciones sobre la siguiente tesis:

Conviene a los países americanos, que no tienen establecido el jurado, adoptar esta institución entre sus leyes?

O, por el contrario, debieran abolirla los países que la tienen establecida?

Las pocas páginas que voy a leer constituyen un resumen de anteriores estudios hechos por mí como profesor de Derecho Práctico en la Universidad Central del Ecuador. Lo cual me exime de aducir otras razones para impetrar la benévola indulgencia de las personas que me honran con su atención. Ese trabajo fué para estudiantes—no para maestros tan doctos como los que forman este Congreso—y en el sobrio y sencillo lenguaje doctrinal, a que me he habituado en largos años de magisterio.

Sobre la conveniencia del jurado, que tan intensamente ha preocupado a los legisladores y publicistas del último siglo, ningún problema fundamental existe en los pueblos de la raza sajona, que tienen el jurado íntimamente compenetrado con todas sus otras instituciones y sólidamente arraigado en sus respetables tradiciones y costumbres. Es, sí, un problema interesante y de actualidad para los de la raza latina; pero aun entre ellos, la importancia de la cuestión no es igual.

En los pueblos europeos el problema tiene dos aspectos marcados y distintos: uno político y otro jurídico; y la conveniencia de la institución se defiende principalmente por el primer aspecto, por el político, considerándola como un triunfo de la democracia, como una reivindicación, en favor de los ciudadanos, de una de las más altas funciones de la soberanía, como una de las mejores garantías de las libertades públicas y de la independencia de la autoridad judicial. Y de allí la falta de serenidad de criterio que generalmente se nota en los defensores e impugnadores de la institución.

En los países latinoamericanos, el aspecto político es de muy secundaria importancia. Al grito de independencia, surgió en ellos el Poder Judicial nacional, a la misma altura y con la conveniente separación del Ejecutivo. No se lo considera como una rama de este Poder, ni como mera desmembración de las atribuciones que correspondían al Jefe del Estado, o como una concesión y renuncia que haya hecho éste, o se lo haya impuesto, con tales o cuales reservas, al adoptar el régimen constitucional o representativo, que tantos esfuerzos y sacrificios cuesta a la humanidad.

La justicia se administra entre nosotros, no en nombre del Rey o del Emperador, sino en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Es, por tanto, sumamente raro que los partidos políticos hagan mención del jurado en sus programas; y nadie podría decir aquí seriamente, como López Moreno en España, que "la mayor ventaja del jurado consiste en constituir el más vigoroso amparo de las libertades públicas y el más resistente freno contra toda opresión;" ni con Manduca en Italia, que "si la libertad no ha de ser una ironía, admitir la conciencia pública en los juicios penales es corolario de todo gobierno libre."

En el continente europeo, casi no hay nación alguna en donde en la actualidad no funcione el jurado. De las repúblicas latinas de América, unas lo han admitido o ensayado ya, como México, Costa Rica, Salvador, Venezuela, Colombia

y el Ecuador; y otras manifiestan su tendencia a adoptarlo. Así, en el artículo 24 de la Constitución Nacional de la República Argentina leemos: "El congreso promoverá la reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados." Y en el 137 de la del Uruguay: "Una de las primeras atenciones de la Asamblea General será el procurar que cuanto antes sea posible se establezca el jurado en las causas criminales y aun en las civiles."

En el Perú y Bolivia funciona el jurado sólo para los delitos de imprenta; y en todas las repúblicas se discute sobre la conveniencia de su establecimiento o abolición. Pero a ellas les interesa el problema, ante todo por el aspecto judicial; y a éste vamos a concretar nuestras observaciones.

La buena administración de justicia se sintetiza en dos palabras: *acierto* y *prontitud*. Ahora bien, estas dos condiciones se obtienen más satisfactoriamente en el sistema del jurado o en el de los tribunales letrados permanentes?

He aquí la cuestión.

Para resolverla, precisemos el concepto esencial del jurado. El fallo judicial es un raciocinio, que consta de estos tres términos: la ley, que atribuye a ciertos hechos determinadas consecuencias jurídicas; el caso concreto sobre que versa el proceso; y la consecuencia en que se aplica a ese caso la regla jurídica general.

Y si descomponemos esas operaciones intelectuales del juez, encargando a simples ciudadanos la declaración de la existencia y circunstancias del hecho, y al juez la interpretación y aplicación de la ley, tenemos la noción esencial del jurado, como el derecho moderno lo reconoce.

Es, por tanto, el jurado una reunión o junta de ciudadanos sin carácter público, llamados ocasionalmente para juzgar y decidir, según el criterio de su conciencia, sobre la existencia y circunstancias de los hechos sometidos a juicio.

Fijado este concepto, volvamos a preguntar: Conviene a la buena administración de justicia esa descomposición y separación de las operaciones judiciales constitutivas de la sentencia?

Para obtener un efecto cualquiera, dice gráficamente Ortolán, requiérese, por una parte, una fuerza capaz de producirlo; y por otra, un mecanismo que ponga en acción esa fuerza. Consideremos, por tanto, el problema de la buena administración de justicia en estas dos fases: la fuerza y el mecanismo; es decir, *los jueces* y el *procedimiento*.

La cuestión subjetiva—la de la idoneidad de los jueces—debemos considerarla también por dos aspectos, la aptitud y la rectitud.

¿Son esos simples ciudadanos (las más veces *ciudadanos simples*, en el orden práctico) más aptos que los jueces letrados para el conocimiento de los hechos controvertidos?

La respuesta negativa es, en la época actual, indiscutible. Ahora que la ciencia penal se ha profundizado tánto y busca cada día nuevas orientaciones y campos de investigación; ahora que esa ciencia considera como sus hermanas y auxiliares indispensables a la biología, la fisiología, la antropología y tantas otras ciencias, carece de sentido el antiguo argumento de que *basta el buen sentido* para el conocimiento de los hechos discutidos en el proceso.

Las cuestiones sobre la integridad intelectual del agente o sobre la influencia que en su libertad moral han podido ejercer el atavismo o las perturbaciones orgánicas; las relativas a los casos de tentativa o delito frustrado, de aborto, infanticidio, &, podrán resolverse acertadamente sin más que el sentido común? * * * ¿No significaría eso, como dice un criminalista moderno, someter a la ciencia a rendir examen ante la ignorancia?

Estas consideraciones han puesto en contra del jurado a casi todos los criminalistas de la escuela positiva. Para Garófalo, es el jurado "un desgraciado

recurso de la edad bárbara, considerado hoy, por mero prejuicio, como una institución inseparable de la libertad política." Y según Ferri, "la Historia y la Sociología han demostrado que el jurado es un verdadero retroceso; un salto atrás, a los tiempos bárbaros de la edad media."

Por el aspecto de la rectitud, no hay razones poderosas para hacer diferencia sustancial entre los dos sistemas.

Ella, la rectitud, depende, ya de las condiciónes morales de los jueces, ya de las influencias que los muevan. Cuanto a lo primero, si la probidad debe brillar en el magistrado, no es difícil encontrarla en las personas de las cuales deben elegirse los jurados. Cuanto a lo segundo, el jurado tiene la ventaja de que los jueces de cada asunto son determinados por sorteo; y si esa diligencia se reglamenta convenientemente, no queda tiempo para que los sorteados reciban ajenas influencias. Pueden, sí, llevar consigo las de sus ideas preconcebidas, muy frecuentes al tratarse de hechos que causan cierta impresión; y entonces los jurados, menos acostumbrados que los jueces a sobreponerse a esos impulsos, se dejan llevar de ellos fácilmente.

Las pasiones populares ofuscan la conciencia y constituyen grave peligro de parcialidad; por lo cual algunos juradistas aconsejan exceptuar del jurado los delitos políticos. Los jueces letrados respiran la misma atmósfera y pueden participar de la propia embriaguez; pero se les reconoce más idoneos para resistir a esos móviles, en virtud de su educación especial y del noble y cuotidiano ejercicio de sacrificar sus preocupaciones y afectos en aras de la justicia, a cuyo servicio se han consagrado.

Por otra parte, no cuenta el jurado con la importantísima garantía de la responsabilidad legal, a que están sujetos los jueces letrados; y aun la moral tiene para él poca influencia, por que constituye, hasta cierto punto, un tribunal anónimo, que al terminar su función ocasional, se disuelve y desaparece de las miradas del público.

Pasemos a la segunda parte, al procedimiento. ¿El mecanismo judicial del jurado es preferible al en que funcionan los jueces letrados permanentes?

Si lo esencial del jurado consiste en la separación entre la declaración de los hechos y la aplicación de la ley, debemos comenzar por averiguar si esa separación conviene a la buena administración de justicia; y a este respecto, parece que debemos responder también negativamente.

La cuestión de hecho y la de derecho, aunque distintas y teóricamente separables, tienen entre sí íntima conexión. Rara vez logra el juez de derecho hacer bien esa separación; y casi siempre las proposiciones que somete a los jueces de hecho suponen el conocimiento de la ley o llevan implícito algún punto de derecho.

Por otra parte, los jurados, que no conocen las consecuencias jurídicas de las múltiples circunstancias que se presentan en el proceso, confusamente aglomeradas, no distinguen, con claridad, lo pertinente de lo impertinente, y dejan, a veces, pesar inadvertidos, en las pruebas y el debate, datos importantes, sin los que no pueden fijar con certidumbre, sus conclusiones.

Los defensores serios del jurado, como Ortolán, confiesan que esa separación es en sí misma un mal; y agregan que no se la debe admitir sino en cuanto, por otro lado, se obtengan suficientes ventajas.

Esas ventajas son para los juradistas, ante todo, las de carácter político, que, como hemos visto, tienen poca importancia en la América Latina. En el orden judicial, tiene efectivamente el jurado una condición que, si bien no es peculiar de esa institución, constituye el más sólido y respetable argumento en su favor: la oralidad del juicio y la libertad de criterio en la apreciación de las pruebas.

El sistema oral facilita al juez el descubrimiento de la verdad. Entre leer la declaración de un testigo, redactada por el juez de instrucción, y presenciarla, hay distancia tan enorme, que es excusado ponderarla. Un juez inteligente y perspicaz se fija en la actitud y continente del testigo, en el grado de ilustración o imparcialidad que manifiesta, en la congruencia y espontaneidad de las respuestas, y en todos los rasgos físicos o morales que sirven para la apreciación del testimonio. Por lo que el testigo dice, penetra lo que debiera decir y recata intencionalmente; lo que quisiera decir y no dice, por falta de versación o facilidad, &. Todo lo cual es imposible al juez que, convertido casi en inconsciente máquina, tiene que atenerse a la letra muerta del expediente.

Y la libertad de criterio en la apreciación de las pruebas, constituye, por sí misma, otro interesante problema del derecho procesal. Puede dar lugar a graves abusos, pero sin ella es imposible la administración de justicia en lo penal.

Concíbese que para un acto civil se requieran pruebas escritas, testigos libres de tacha, &, porque las partes, interesadas en asegurar la existencia legal y los efectos del acto, procuran revestirlo de las formas necesarias y darle la publicidad suficiente. Pero para los hechos criminales, que buscan siempre la sombra y el misterio, aquella exigencia es absurda.

A este propósito, defendiendo Dn. José Manuel Balmaceda la institución del jurado, en 1876, antes de ser presidente de Chile, dijo, entre otras cosas, que el jurado "forma un baluarte popular en que sucumben las astucias fraguadas por el crimen para burlarse de la sociedad o de la ley."

La oralidad del juicio y la libre apreciación de las pruebas pueden caber también, con más o menos amplitud, en el sistema de los jueces letrados, organizando adecuadamente los tribunales, para poder conferirles tan trascendental atribución; pero es muy poco lo que se ha avanzado en esa materia. Todavía tenemos las distinciones clásicas entre pruebas plenas y semiplenas; las mil cortapisas relativas a la forma de comprobación del cuerpo del delito, el considerable catálogo de tachas de testigos, y en suma, un complicado mecanismo de reglas de criterio legal, que encadena la conciencia del juez y vuelve imposible la acción de la justicia.

Cuántas veces, al ver a ésta presa en las redes creadas por la misma ley, nos viene el recuerdo de la amarga antítesis de Bentham, que llama a esas reglas legales *la ciencia de ignorar lo que todo el mundo sabe!*

Y cuántas hemos visto a criminales indiscutibles, que no escaparían, juzgados por jueces de convicción, atrincherarse en sus excepciones y tachas y testigos falsos y nulidades procesales, y salir al fin campantes, triunfando sobre la conciencia del juez y la conciencia pública!

El criterio libre del juez tiene evidentemente peligros e inconvenientes; pero—podemos decir, con el ilustre comentador de la Ley Orgánica de Chile, Ballesteros—"bajo este respecto, es forzoso convenir en que, si la conciencia del hombre está sujeta a error, la naturaleza no ha proporcionado hasta ahora sino ese solo recurso para apreciar si un hecho ha existido o nó."

En cuanto a la prontitud, condición, aunque menos importante que la del acierto, digna también de suma atención, por muchos conceptos, hay alguna ventaja de parte del jurado, por el menor número de trámites y sobre todo de recursos, en razón de que los veredictos son y deben ser inapelables.

CONCLUSIONES.

Por no pasar del tiempo reglamentario y, más que todo, por no cansar la ilustrada atención del respetable auditorio a quien me dirijo, omito tratar otros puntos interesantes, como el jurado de imprenta, que tiene una importancia especial en cuanto protege la buena fe del historiador y los legítimos

fueros de la prensa; las modificaciones que, antes de abolir el jurado, pudieran ensayarse para consultar mejor los resultados prácticos de la institución, etc.; y termino sintetizando las ideas de este resumen en las siguientes conclusiones:

1ª. La importancia política del jurado es muy secundaria en la América Latina.

2ª. Como institución judicial, el jurado no significa un progreso científico; y por lo mismo, los países que no lo tienen no deben empeñarse en adoptarlo, sino más bien en mejorar cuanto les sea posible la organización de sus tribunales y el procedimiento.

3ª. Los países en que ya está admitido y funciona con regularidad el jurado, no deben abolirlo, mientras no puedan rodear a sus tribunales de las condiciones necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia, adoptando, entre otros medios, el de la forma oral del juicio y la conveniente libertad de criterio en la apreciación de las pruebas, y teniendo en todo caso presente que, como enseña Pessina, en materia tan trascendental, los cambios deben ser el resultado de la concienzuda combinación de las enseñanzas prácticas de la experiencia, con los frutos del estudio y la meditación.

THE PAN AMERICAN CONGRESSES.

By EVERETT P. WHEELER.

It may have seemed strange to some that the subject of law should be discussed in a Pan American scientific congress. But Lord Bacon taught us that progress in science must depend upon a careful investigation and observation of facts, and the classification of them when observed. From this study we deduce the principles which underlie the facts and thus lay a solid foundation for further investigation. His maxim is, "Prudens quaestio dimidium scientiae."

It follows that we may justly speak of the science of law. That science as it exists among men is yet incomplete and imperfect; but Hooker assures us: "Of law there can no less be acknowledged than that her seat is in the bosom of God, her voice the harmony of the world. All things in heaven and earth do her homage—the very least as feeling her care, and the greatest as not exempted from her power."

The system of law, and especially of international law, is still in a condition of evolution. Like the common law of England and America—may we not say, like the common or customary law of all nations?—it is a growth. Whatever codes may have done to clarify or systematize, careful investigation will show that they are founded upon a customary law which has gradually developed from a sense of need, guided by a sense of justice, which is to be found to some degree in every human breast. For example, the famous ordonnance of Louis XIV was a wise maritime code. It was based upon the customary maritime law of the Mediterranean, which was then the sea upon which the maritime commerce of the world was principally conducted. In like manner international law as it exists to-day is the outgrowth and development of those requirements which spring naturally from relations existing between nations. This development has been guided in large measure by wise and thoughtful men. It has been promoted by international congresses and finds its expression, not only in the writings of jurists, but in the treaties by which nations have sought to lay down rules to regulate their conduct toward each other. A very important part of this development has been the result of international congresses which have met, not to legislate, but to confer.

The members of these congresses form in a very just sense the aristocracy of the nations. They are generally public-spirited men, who give their services to the commonwealth, not for fee or reward, but from a sense of duty and an aspiration for something better and more just than anything yet achieved. Any agreement reached by these delegates has a powerful influence upon public opinion. It may not at once crystallize into legislation, but it has a powerful tendency to promote wise legislation. To the impatient soul the results often seem long a-coming, but optimists like myself console ourselves with the words of the Hebrew prophet: "Though it tarry, wait for it, for in the end it will come, it will not tarry."

For these reasons the framers of the program of this congress have asked me to present a paper on the four Pan-American congresses. The first of these was held in Washington, upon the invitation of President Harrison and his Secretary of State, Mr. Blaine, in the years 1889 and 1890. The second was held in the City of Mexico in 1901–2 upon the invitation of President Diaz and his minister of foreign affairs, Señor Mariscal. The third was held in Rio Janeiro in 1906 upon the invitation of the Brazilian Government through its minister of foreign affairs, Baron do Rio Branco. The fourth was held in Buenos Aires in 1910, upon the invitation of the Argentine Republic through its minister of foreign affairs, Dr. Bermejo.

The second congress was held during the administration of Theodore Roosevelt, when John Hay was Secretary of State. The third was held during Mr. Roosevelt's second administration, when Elihu Root was Secretary of State. The fourth was held when William H. Taft was President and Philander C. Knox was Secretary of State. These distinguished representatives of the United States did all in their power to make the conferences a success. In this the other Republics of North America, Central America, and South America cooperated.

It is now for me to lay before you some account of their activities; but before I do this let me remind you that the conference at Washington was not the first attempt to promote cordial cooperation between the Republics of America. As long ago as July, 1822, a treaty was negotiated between Colombia and Chile in which it was proposed to call a congress of the new Republics. In 1825 the ambassadors of Colombia and Mexico asked Henry Clay, who was then Secretary of State, whether the United States would be willing to be represented in a congress at Panama. Mr. Clay replied that the President thought that the United States ought to be represented at Panama if preliminary points could be satisfactorily arranged.

December 6, 1825, President John Quincy Adams sent his message to Congress announcing the acceptance of the invitation of the Republics of Colombia, of Mexico, and of Central America. In a later message to the Senate, December 26, 1825, the President said:

> I find a decisive inducement with me for acceding to the measure is to show, by this token of respect to the southern Republics, the interest that we take in their welfare and our disposition to comply with their wishes. Having been the first to recognize their independence and sympathize with them so far as was compatible with our national duties in all their struggles and sufferings to acquire it, we have laid the foundation of our future intercourse with them in the broadest principles of reciprocity and the most cordial feelings of fraternal friendship. To extend those principles to all our commercial relations with them, and to hand down that friendship to future ages, is congenial to the highest policy of the Union, as it will be to that of all those nations and their posterity.[1]

[1] First Int. Am. Conf. Reports, Vol. IV, pp. 1 to 22.

Mr Clay told the ministers of Mexico and Colombia that "the President believed such a congress as was proposed might be highly useful in settling several important disputed questions of public law and in arranging other matters of deep interest to the American Continent, and strengthening the friendship and amicable intercourse between the American powers."[1]

Unfortunately, the proposal of the administration to send ministers to the congress of American nations met with so much opposition in the Congress of the United States that the confirmation of the nominees made by the President was delayed and our ministers did not take part in the deliberations of the congress. Daniel Webster gave the proposition his powerful support in the House of Representatives, and the general impression was that of friendliness to the newly established Republics.

It is interesting to note that the great South American, Simon Bolivar, December 7, 1824, sent a circular letter to the Mexican Republics, formerly Spanish colonies, in which he proposed "a congress of plenipotentiaries from each State that should act as a council in great conflicts to be appealed to in case of common danger, and be a faithful interpreter of public treaties when difficulties should arise, and conciliate, in short, all our differences."[2]

This was a renewal of a similar invitation which he had sent in 1822.

When the Colombian minister reported to Mr. Clay the proceedings of the congress at Panama, November 20, 1826, he said that the representatives of the four Republics in the congress at Panama had signed—

1. A treaty of union, league, and perpetual confederation between the four States represented, to which the other powers of America might have an opportunity to accede within one year.
2. A convention for the renewal of the great assembly annually in time of common war and biennially during peace.
3. A convention which fixes the contingent which each confederate should contribute for the common defense.
4. An agreement concerning the employment and direction of those contingents.[3]

From these extracts it will be seen that the ideals of Bolivar and the Panama congress of 1826 have never been realized. The present dreadful war in Europe has turned the thoughts of the world in the direction of these ideals. It is well to recall them now and to submit them to you as subjects for serious consideration.

Subsequent conferences attended by representatives of some of the American Republics were held in Lima in 1847, at Santiago in 1856, and again at Lima in 1864. A second congress at Panama was proposed in 1881, but was not held.

It is interesting to notice in the correspondence in reference to this proposed congress that the prevention of war and the conclusion of treaties of arbitration were two of the objects proposed for consideration.

We now come to the act of Congress approved May 24, 1888, which authorized the President to invite the Governments of the Republics of Central and South America and the Empire of Brazil to join in the conference, "for the purpose of discussing and recommending for adoption to their respective Governments some plan of arbitration for the settlement of disagreements and disputes that may hereafter arise between them, and for considering questions relating to the improvement of business intercourse and means of direct communication between said countries, and to encourage such reciprocal

[1] Ibid., p. 24. [2] Ibid., p. 160. [3] Ibid., p. 112.

commercial relations as will be beneficial to all and secure more extensive markets for the products of each of said countries."[1]

Accordingly, invitations were sent to the Governments mentioned, the President appointed delegates from the United States, and the first meeting was held in Washington, October 2, 1889. This 26 delegates attended, representing the Argentine Republic, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Peru, Salvador, Uruguay, Venezuela.

At the opening of the congress Mr. Blaine delivered an address of welcome, which was very warmly received, in the course of which he said:

> We believe that hearty cooperation, based on mutual confidence, will save all American States from the burdens and evils which have long and cruelly afflicted the older nations of the world. * * * We believe that a spirit of justice, of common and equal interest, between the American States will leave no room for an artificial balance of power like unto that which has led to wars abroad and drenched Europe with blood. We believe that friendship, avowed with candor and maintained with good faith, will remove from American States the necessity of guarding boundary lines between themselves with fortifications and military force.

After this address the delegates were received by President Harrison at the White House and were very cordially welcomed by the American people. On the invitation of the Government they were taken in a special train to visit various points of interest in New England, the Middle States, and as far west as Kansas City. Their trip occupied 42 days and they traveled 5,406 miles.[2]

After their return from this trip they went into session at Washington, committees were appointed, and the following subjects were considered:

1. Treaties of arbitration.
2. Improvement in commercial relations.
3. Improvement in facilities for ocean navigation on the Atlantic and Pacific.[3]
4. Reciprocity treaties or a customs union.[4]
5. A monetary convention.[5]

In the course of these discussions the progress which the United States had made in wealth and commercial prosperity was naturally referred to. El Señor Peña, from the Argentine Republic, evidently thought that Mr. Henderson, from Missouri, who had dwelt upon this subject, was a little too boastful. In the course of his reply he said: "Que los Estados Unidos necesitan defenderse de su propia riqueza." (The United States need to defend themselves against their own wealth.)

In the speech delivered by Mr. Blaine at the closing of the conference he made the following statement:

"If, in this closing hour, the conference had but one deed to celebrate, we should draw at once the world's attention to the deliberations of two great continents to peace, and to the prosperity which has peace for its foundation. We hold up this new Magna Charta which abolishes war and substitutes arbitration between the American Republics as the first and great fruit of the international American conference.[6]

---

[1] U. S. Stat., vol. 25, p. 155.
[2] Prince, La Congres des Trois Ameriques, pp. 88–89.
[3] Minutes, pp. 337–338.
[4] Minutes 293 to 297.
[5] Minutes, p. 435.
[6] Minutes, p. 857.

No doubt the conference did promote the cause of international arbitration; but there is one organization which it effected, which is really the only outward and visible sign of this conference that has been productive of great benefit to all the Republics; that is to say, the International Bureau of American Republics.[1] All the Governments represented contributed to the expenses of this bureau which has been installed at Washington, and the gift of Mr. Carnegie enabled the erection of a commodious building, which is one of the ornaments of the Capital. It was in the beginning agreed that this International Bureau of the American Republics should continue for 10 years. Its usefulness was so manifest that we now consider it as a permanent institution.

The second international conference met in the City of Mexico October 22, 1901. The benefit to be derived from such conferences is well stated by the Mexican minister of foreign affairs, Señor Mariscal:[2]

Although an appalling pessimism declares useless all endeavors to realize among men the predominance of justice and gives preference to right over might, it must be borne in mind that the constant assertion of sane theories and their official sanction by the Governments, through agreements or declarations made by common accord which morally bind them, notwithstanding the means to compel to their observance be lacking, will work a powerful opinion, aiming at extirpating the most deep-rooted evils, as has been the case with slavery and other aberrations that it was necessary to remove in the name of reason and philosophy. And, in truth, to arrive at this common understanding, to sanction these conventions, or at least prepare their sanction, there is no better way than a liberal discussion at these conferences or congresses, in which one and all the delegates, with equal rights, can defend their opinions, bringing their share of knowledge and sentiments in favor of general welfare.

In the instructions given by the President to the American delegates he closes with the language of President McKinley in his last address in Buffalo: "Reciprocity is the natural outgrowth of our wonderful industrial development." He refers to the usefulness of the Bureau of American Republics and draws special attention to the promotion of the settlement of international disputes by arbitration, to an International Court of Claims, and to the promotion of commerce and the extension of commercial facilities.

The conference devoted much attention to the discussion of international arbitration. It adopted a protocol of adhesion to the conventions adopted at The Hague July 29, 1899, to which many of the Republics represented were not parties. The treaty for compulsory arbitration was agreed on between the Argentine Republic, Bolivia, San Domingo, Guatemala, Salvador, Mexico, Paraguay, Peru, and Uruguay.

Special attention should be called to the preamble and project of convention presented by the Chilean delegation.[3] This project recommended the adhesion to the convention signed at The Hague, and to the principles of the convention at Geneva, 1864, relating to laws of war.

The subjects most discussed at this conference were treaties of arbitration, commercial intercourse, Pan American Railway, customs union, quarantine and sanitation, reorganization of International Bureau of American Republics, sources of production and statistics, international archaeological commission, interoceanic canal, and Pan American Bank.[4]

---

[1] Reports Committees, Vol. I, pp. 405 to 411.
[2] Report American Delegates, p. 29, S. Doc. 330, 57th Cong., 1st Sess.
[3] Report American Delegates, pp. 99 to 115.
[4] Report, pp. 8 to 20.

Many of the conventions adopted by this congress have not been ratified by the respective nations. The interoceanic canal which it recommended has been constructed, but we are yet far from a Pan American Railway extending from Washington to Buenos Aires. No American international code of quarantine and sanitation has been adopted, but great improvements have been made in the regulations of the separate nations.

The third international congress of the American States was held at Rio Janeiro in July and August, 1906. The Brazilian Government erected a beautiful building, which it called the "Monroe Palace," in honor of President Monroe, which was first used for the sessions of this conference. The reception given to the delegates here, as at all the conferences, was most hospitable.

In the instructions given by Secretary Root to the American delegation, June 18, 1906, the object of such a conference is well stated:

> The true function of such a conference is to deal with matters of common interest which are not really subjects of controversy, but upon which comparison of views and friendly discussion may smooth away differences of detail, develop substantial agreement, and lead to cooperation along common lines for the attainment of objects which all really desire.[1]

This conference agreed upon a plan for the reorganization of the Bureau of American Republics, of which the report says: "It becomes in reality a permanent committee of the international American conferences."[2] This was the conference which decided upon the erection of a permanent building in Washington for the home of this bureau.

The conference declared the adhesion of the American Republics to the principle of arbitration for the settlement of disputes arising between them, and recommended the nations represented to accept the invitation to be represented at the second Hague conference. It approved with some limitation the Mexican conference treaty covering the arbitration of pecuniary claims, and recommended a commission for the codification of public and international law. It agreed upon a convention embodying the principle that when a citizen, a native of one country and naturalized in another, "shall again take up his residence in his native country without the intention of returning to the country in which he has been naturalized, he will be considered as having reassumed his original citizenship and as having renounced the citizenship acquired by said naturalization. The intention not to return will be presumed when the naturalized person shall have resided in his native country for more than two years. But this presumption may be destroyed by evidence to the contrary."[3]

One of the most important subjects discussed at the conference was the forcible collection of public debts. The conference approved the doctrine on this subject which had been advocated by Dr. Drago, the Argentine minister to Washington, and recommended the Governments represented at the conference to consider the point of inviting the second peace conference at The Hague to consider the question of the compulsory collection of public debts and, in general, measures tending to diminish between nations conflicts having an exclusively pecuniary origin.[4]

This recommendation was followed by the second Hague conference, "which resulted in the convention by which the contracting powers agree not to have recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from the

---

[1] Report American Delegates, p. 39, S. Doc. 365, 59th Cong., 2d Sess.

[2] Report, p. 7.

[3] Report of delegates, p. 15.

[4] Report, p. 14.

Government of another country as being due to its nationals, but that this agreement is not applicable when the debtor State refuses or neglects to reply to an offer of arbitration, or, after accepting the offer of arbitration, prevents any compromise from being agreed upon, or, after the arbitration, fails to submit to the award." [1]

The conference recommended the extension of the work of the Bureau of American Republics so as to furnish commercial information and promote the extension of commerce and the knowledge of the natural resources of the various American Republics. It recommended the general adoption of a sanitary convention. It again recommended the construction of the links necessary to complete the Pan American Railway, and continued the permanent committee on this subject which had been appointed by the Mexican conference. It recommended such action on the part of the several American Republics as would recognize in each the validity of diplomas conferring degrees in the liberal professions which had been granted by universities and colleges in any of the States represented at the conference.

It discussed and recommended measures to unify the administration of association is designated as the Union of American Republics. [2]

After the third conference the Bureau of American Republics was reorganized and its title changed to the Pan American Union. The governing association is designated as the Union of American Republics.[2]

Its usefulness was greatly extended. There is no place in which such extensive information respecting all the American Republics can be obtained as in the building of the Pan American Union.

In conformity with the desire expressed at the third conference, Secretary Root and the American Governments represented at the first conference of The Hague requested that when the second conference should be called all the American Republics should be invited. This request was complied with, and when the second conference met at The Hague in 1907 it consisted of delegates from 44 independent nations instead of 26.

The American Republics, during the interval between the third and fourth conferences, discussed the conventions which had been recommended by the second and third conferences. The convention agreed upon at the third conference in reference to the status of naturalized citizens was ratified by 13 States—Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Salvador, and the United States.

The convention relating to pecuniary claims had been ratified by 12 States—Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Salvador, and the United States.

The convention relating to patents, trade-marks, and copyrights has been ratified by eight States, but inasmuch as the fourth conference recommended changes in this convention, it is unnecessary to go into this subject more in detail.

The convention recommending the codification of international law has been ratified by all the States represented in the third conference except Argentina, Cuba, Nicaragua, Paraguay, and Venezuela; that respecting the appointment of Pan American committees in the various Republics to cooperate with the central union was approved by all parties to the third conference except Brazil, Ecuador, Guatemala, Panama, Paraguay, and Venezuela.[3]

---

[1] Choate, 2 Hague Conf., pp. 59–60; Scott, Texas Peace Conferences, pp. 193–198.
[2] Report, 4th Conf. Amer. States, p. 9, S. Doc. 744, 61st Cong., 3d sess.
[3] Report 4th Conf., p. 101.

The fourth conference was held at Buenos Aires from July 12 to August 30, 1910. By an auspicious coincidence it was held in the year in which four of the South American Republics—Argentina, Colombia, Ecuador, and Peru—celebrated the centennial of their independence.

The program of this conference was somewhat more limited than that of previous conferences. For example, in the instructions from Secretary Knox the United States Government, while approving "the general principle of pacific settlement of international disputes," objected to the subject of arbitration being discussed at this conference. For this there were various reasons not of a permanent character. One of them arose from the fact that the second Hague convention on this subject had just been concluded and it did not seem wise to discuss the subject further after all the nations had come to a certain agreement concerning it.[1]

In the opening address Dr. de la Plaza, the Argentine minister of foreign affairs, referred briefly to the previous conferences and used the following language, which is especailly interesting in connection with the subject assigned to Judge Fowler and myself. Referring to the meeting of the first congress, he says:

> Nor were there lacking those who suspected that it was proposed to introduce a department in international law creating special principles for the peoples of America. Events and the upright procedure pursued in the successive conferences have nevertheless completely demonstrated the falsity of such imputations.[2]

He pointed out with great satisfaction the growth of the American Republics during the 20 years that had elapsed since the first conference at Washington. Their population had increased from 120,000,000 to 160,000,000. The grand total of their commerce, including imports and exports, had increased to $6,000,000,000, of which a little more than half belonged to the United States. He then added, referring to the condition of the Central and South American Republics in the early part of the nineteenth century:

> This condition of precarious autonomy and liberty of action, and the constant danger of being subjugated or suffering the mutilation of their territory, would have continued among these weak States but for the wise and famous declarations of President Monroe, to which we ought to render due homage.[3]

Although the American delegation had been instructed not to propose the consideration of any further treaties of arbitration, yet their chairman, Hon. Henry White, in his address at the opening of the conference, which we may well commend with our heart-felt good wishes and prayers to the consideration of the warring nations of Europe, said: "We hope and feel * * * that national aggrandizement and prosperity are to be attained far more readily by friendship than by war."[4]

In this connection it should be noted that in the interim between the two conferences, Argentina, Brazil, and the United States had joined in offering mediation between Peru and Ecuador after their armies had been mobilized. Chile supported the offer and war was averted. This was the first action taken by any Governments under the mediation provision of the first Hague convention.[5]

---

[1] Report, p. 36–37.
[2] 4th Conf., p. 45.
[3] 4th Conf., p. 46.
[4] 4th Conf., p. 48.
[5] Report, p. 42.

The conference recommended the completion of the Pan American Railway from Washington to Buenos Aires. The report of the American delegates is accompanied by a map, which had been prepared by a permanent committee on the subject. It is shown that the total length of the line from Washington to Buenos Aires is 10,211.5 miles. Of this there had been built in 1910 6,612.9 miles, leaving for future construction 4,198.6 miles.[1]

It recommended the improvement of the steamship service connecting the different Republics, but no definite plan was attempted. In all the discussions in the conferences in regard to the improvements of steamship service, the facts of the comparative distances between European ports and the ports of South America, on one side, and New York and South American ports, on the other. do not appear to have been considered. Very probably they were by the delegates, but I have failed to find any trace of this in the reports. In point of fact the conformation of South America is such that Pernambuco, which is the most easterly port of Brazil, is only 32° of longitude to the west of Liverpool, whereas it is 49° to the east of New York.[2]

The conference recommended uniformity in customs and consular regulations, in census and commercial statistics, and proposed a general census of all the American Republics to be taken in 1920.[3]

The conference recommended conventions on patents, on trade-marks, and on copyrights.[4]

The conference carefully considered the subject of the arbitration of pecuniary claims. The treaty which had been signed at Mexico was to expire December 31, 1912. A new treaty was recommended which should continue in force indefinitely, subject to be terminated by any party by giving two years' notice in writing. The arbitration was to be before The Hague tribunal, unless the parties should prefer to create a special jurisdiction. This conventon was ratified by the United States Senate February 1, 1911.[5]

Finally the conference recommended the interchange of professors among the universities of the countries recommended in the conference.

I have thus endeavored briefly to summarize the action of the fourth international conference of the American States and to mention some of their results. This can not be better expressed than in the words of our great American ambassador and advocate, Mr. Choate:

> But the success of conferences is to be weighed and measured, not simply by their direct action, which commands the approval of all the nations, but also, and perhaps even more, by the progress they make in questions still left undecided and subject to further action by diplomacy or by future conferences.[6]

---

[1] Report, pp. 12, 254.

[2] Report, pp. 13, 186, 261. The Merchant Shippers & Ocean Travelers' Atlas, London, 1899, gives the following distances between the several ports: Havre to Montevideo, 6,020; Liverpool to Montevideo, 6,110; Glasgow to Rio Janeiro, 5,420; Buenos Aires from Montevideo, about 130 miles; New York to Rio Janeiro, 4,730; New York to Montevideo, 5,890; New York to Buenos Aires, 5,910.

[3] Report, pp. 13, 17, 192, 264.

[4] Report, pp. 19, 20, 102, 112, 128.

[5] Report, pp. 21 to 25; 138 to 145. The report of the committee on this important subject is at page 280, Treaties between United States and other powers, Vol. III, p. 345.

[6] Choate: The Two Hague Conferences, p. 74.

LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CUESTIONES INTERNACIONALES POR EL ARBITRAJE.

Por ADOLFO BERRO GARCÍA,
Profesor de la Universidad de Montevideo, Uruguay.

La solución de las cuestiones internacionales por medio de la guerra, es uno de los más absurdos prejuicios que mantiene hoy, a despecho de los inmensos progresos realizados, la civilización contemporánea. La guerra, ha dicho Guillermo Ferrero, es la vida de bohemio de las naciones bárbaras, y sin embargo las naciones modernas sostienen aun como solución de sus conflictos internacionales, este medio violento e inhumano, cuya existencia se explica en las sociedades primitivas, pero resulta en cambio absurdo dentro de la organización de las sociedades actuales.

Sean cuales fueren las ideas que se profesen respecto de los fines del Estado, es indiscutible que la razón fundamental de su complejo organismo está esencialmente basada en la necesidad de garantir a los hombres su seguridad personal, el libre desarrollo de su energía, en todos los órdenes de la actividad humana, y la posibilidad de alcanzar el mayor bienestar.

En este sentido, pues, el Estado fija sus normas jurídicamente obligatorias, y dentro de ellas el individuo desenvuelve sus esfuerzos, sin lesionar el derecho igual que compete a cada uno de los otros componentes de la sociedad a que pertenece. En caso de conflicto entre los derechos de uno de los asociados y los de otro, el Estado, por medio de sus autoridades judiciales, soluciona de acuerdo con la razón la cuestión pendiente y hace obligatorio el cumplimiento del fallo pronunciado.

Y no podría ser de otra manera, si la sociedad, debidamente organizada, desea garantir el orden interno y el derecho de cada uno. Hacer la justicia por su propia mano, es una fórmula que sólo pudo tener cabida en los tiempos remotos ya de las primeras sociedades en que la persona humana era desconocida en lo que ésta tiene de más inalienable: el derecho a la vida, *conditio sine qua non*, sin la que toda asociación es irrisoria y toda comunidad es una farsa.

Si las sociedades políticas deben mantener una convivencia internacional, si todas ellas, por más distintas que aparezcan a la vista y más desemejantes, forman en realidad otras tantas partes integrantes de la gran sociedad humana, en cada una de las cuales el hombre desenvuelve su actividad y obtiene el fruto de sus esfuerzos, ¿por qué hemos de negar y rechazar respecto de las naciones lo que es considerado por todos como un postulado dentro de una sociedad política determinada? ¿Por qué adoptar respecto de ellas las fórmulas violentas e inhumanas para solucionar sus conflictos? ¿Da la guerra el triunfo siempre al que tiene la razón? ¿Puede la guerra misma, terminada por la victoria, compensar remotamente los perjuicios irrogados por ella, ni siquiera de una manera relativa? ¿Son acaso la rectificación de fronteras, la incorporación de un nuevo territorio más o menos extenso, el oropel que resulta del triunfo alcanzado, resultados suficientemente importantes para volver justo el sacrificio de millares de existencias que tenían derecho como las otras a la vida y a la acción?

Basta arrojar una mirada sobre la historia para convencerse de que la guerra no ha garantido jamás el triunfo definitivo de las naciones fuertes. Ha sido, por el contrario, el éxito alcanzado en las contiendas bélicas, la causa del derrumbe y la decadencia de los más grandes imperios militares que se han desarrollado sobre la faz de la tierra. Podrán por un momento brillar con deslumbrantes reflejos las glorias de la conquista y el alarde de la fuerza, pero ese

período que no es más que un segundo en la vida de la humanidad, ¿puede justificar la hecatombe de seres organizados y dotados de todas las condiciones intrínsecas para desenvolver sus actividades y recoger el fruto de sus laboriosos esfuerzos?

Así cayó en las sombras del olvido, de la disolución y de la ruina el imperio romano, que otrora sostuviera con altivez el empuje soberbio de las águilas romanas. Así se hundió para siempre en un derrumbe social y económico la monarquía de Luis XIV, y se esfumó la dominación napoleónica con el humo de las descargas de sus batallas legendarias, en la noche triste de Rambouillet.

Obsérvese en cambio como las más grandes naciones modernas, las más libres, las más activas, las más industriosas, son precisamente aquellas que no confían en la guerra para obtener su mejoramiento político, sino en el esfuerzo y la actividad personal de cada uno de sus componentes.

Es necesario, pues, buscar en otra parte la solución de los conflictos internacionales, que el prejuicio secular de las violencias guerreras ha obscurecido y retardado con su empuje primitivo y salvaje. Es necesario ir a las soluciones amistosas, sometiendo las cuestiones al examen sereno y reflexivo de la razón, para terminar con ese flagelo formidable, mancha bochornosa de una civilización que se vanagloria de los enormes progresos alcanzados.

En este sentido, se ha adelantado ya mucho desde unos lustros atrás y especialmente en los últimos años, en el escenario americano. ¿Cuál es el medio, cuál es la fórmula que debemos adoptar para solucionar pacíficamente las cuestiones internacionales?

Desde luego, si dos naciones tienen un litigio sobre una cuestión cualquiera, podrían solucionar directamente entre ambas la dificultad, de acuerdo con los principios de la razón y de la justicia. Pero como esta forma es difícil llevarla a la práctica por el apasionamiento y la excitación que producen los conflictos internacionales, se ha propuesto la fórmula del arbitraje como medio de solucionr la cuestión pendiente, o sea el sometimiento del litigio al fallo sereno e imparcial de uno o más árbitros.

De qué manera y con qué amplitud debe someterse la cuestión litigiosa al fallo del árbitro, es precisamente el punto crítico sobre el que la doctrina y las naciones buscan la solución más justa y más exacta.

Las naciones han sometido y someten más cada día las cuestiones al fallo desapasionado del árbitro. Pero todas ellas han establecido restricciones a la adopción del arbitraje. Se ha aceptado solucionar todas las cuestiones que se presenten entre los Estados por medio del arbitraje, pero se ha exceptuado su aplicación para resolver todas aquellas cuestiones que afecten la existencia, el honor, la soberanía, la independencia, los preceptos constitucionales o los intereses vitales de los Estados contratantes.

La razón de las limitaciones puestas a la fórmula del arbitraje, se halla en el temor de que, al someter las cuestiones al fallo de un tercero, pueda comprometerse, poner en peligro o lesionar los derechos más sagrados de una nacionalidad.

Tal es la manera como se ha aplicado generalmente el arbitraje. Pero si nosotros entendemos el arbitraje como debe serlo, como la fórmula realmente jurídica de resolver las cuestiones internacionales, no podremos menos que declarar que las limitaciones y excepciones puestas a la fórmula del arbitraje, no se hallan en manera alguna justificadas. Por el contrario, esas limitaciones y excepciones son precisamente la negación del principio mismo. Y lo son porque:

1°. La solución por medio del arbitraje de las cuestiones que puedan surgir entre dos nacionalidades, importa el sometimiento del litigio a un juez

sereno, imparcial y recto que pronunciará su fallo de acuerdo con los principios de justicia. Exceptuar algunos casos, limitar la aplicación del arbitraje a las cuestiones menos serias, es negar toda eficacia al arbitraje mismo y dudar de la imparcialidad de los fallos.

2°. Establecer limitaciones al principio, haciendo juez de la aplicación del tratado de arbitraje o de la no aplicación, a las mismas partes contratantes. es desvirtuar por completo la utilidad del arbitraje, y declarar de antemano que él será o no respetado según las conveniencias, las necesidades o las aspiraciones de los Estados litigantes. No es posible admitir que las partes mismas sean las encargadas de resolver si debe o no ser aplicado el tratado de arbitraje. Se comprende perfectamente que si las naciones litigantes pueden separarse del dictado de los árbitros cuando consideren las cuestiones litigiosas más graves, y si solo va a aplicarse la decisión arbitral cuando se trata de incidentes de menor cuantía, la fórmula del arbitraje como solución pacífica de los conflictos internacionales es puramente doctrinaria e innocua.

El concepto real del arbitraje es, pues, distinto. Él debe comprender en su fórmula pacifista, todos los conflictos que surjan entre las naciones, y desarmar todos los apasionamientos, todos los deseos inmoderados, todas las manifestaciones violentas que puedan comprometer a los países y arrojarlos, unos contra los otros, en sangrientas e inadmisibles hecatombes.

Como lo dijera ya el ilustrado jurisconsulto brasileño, Dr. Saa Viana, en el Congreso Científico Latinoamericano de Montevideo en 1901; como lo defendiera el Dr. Gonzalo Ramírez, estimado jurisconsulto uruguayo; como lo expresara el eminente estadista Mr. Taft; como lo sostuviera también el publicista río platense Dr. de Vedia, el arbitraje debe ser amplio e ilimitado para que surja de su fórmula benéfica y fecunda la paz entre las naciones y el olvido necesario ya de la lucha bárbara del hombre contra el hombre.

La América ha dado el ejemplo y el ejemplo cunde. Sobre la fuerza primitiva del prejuicio, ha triunfado la verdad inconcusa que emana del arbitraje amplio, aplicado a todos los casos.

La América ha solucionado sus cuestiones sobre límites recurriendo a los tratados de arbitraje, o decidiendo a veces directamente entre las partes el conflicto surgido. Es necesario que resuelva ahora todos los conflictos que puedan presentarse, extendiendo la aplicación del arbitraje para todas las cuestiones y estableciendo así sólidamente el reinado de la paz sobre el libre suelo americano.

Esta fórmula no es inaplicable en la práctica. Lo demuestran así los tratados celebrados entre naciones europeas: el tratado entre Dinamarca y Holanda de 1904, entre Italia y Dinamarca de 1905, entre Portugal y Dinamarca de 1907, entre Italia y Holanda de 1909, entre Italia y España de 1910. Fuera de esos convenios de arbitraje, existen también los que se han firmado tomando parte las naciones americanas. En 1898 la Argentina convenía con Italia la celebración de un tratado de arbitraje bajo la fórmula más amplia. El Congreso argentino limitó la aplicación del tratado, exceptuando las cuestiones que se referían a los preceptos constitucionales. En 1911 el Senado argentino sancionó un tratado amplio de arbitraje con Inglaterra. El Uruguay, que en 1883 había firmado un tratado de arbitraje con el Paraguay, en el que se adoptaba una fórmula amplia y otro con el Salvador en la misma forma y en el mismo año, ha establecido últimamente la verdadera fórmula del arbitraje en el tratado que celebró con el reino de Italia, el 4 de diciembre de 1914, por iniciativa del ilustrado ex-Ministro de Relaciones Exteriores y hoy Ministro del Interior del Uruguay, Dr. Baltasar Brum.

En las cláusulas de ese tratado, se establece que " todas las controversias de cualquier naturaleza que, por cualquier causa, surgiesen entre las Altas

Partes Contratantes, y que no haya sido posible arreglar por la vía diplomática, serán sometidas a juicio arbitral."

Esta es la fórmula verdadera y exacta del arbitraje internacional, si quiere dársele todo su alcance y toda su fuerza pacifista. Es ella la que puede garantir a todos los países el reconocimiento pleno de sus iguales derechos, como miembros integrantes de la gran sociedad internacional, porque como lo dijo ya el eminente jurisconsulto argentino, Dr. Joaquín V. González, "la única defensa de los países débiles frente a los más fuertes es la justicia, la única que nivela las fuerzas entre los hombres y entre las naciones."

CONCLUSIÓN.

Teniendo presente la necesidad de asegurar la paz de América para que el esfuerzo común de todas las naciones converja hacia la labor fecunda que garantice definitivamente el porvenir del Continente, teniendo presente la necesidad de adoptar en toda su amplitud los medios pacíficos para la solución de las cuestiones internacionales que puedan surgir entre las naciones americanas, se llega a la siguiente conclusión:

El arbitraje debe ser la fórmula adoptada por todas las naciones americanas para resolver todos sus conflictos internacionales, sea cual fuere la naturaleza de los mismos y sea cual fuere su causa, una vez que la cuestión promovida no haya podido resolverse directamente por la vía diplomática.

EL TRATADO DE LÍMITES DE 1909 ENTRE EL BRASIL Y EL URUGUAY Y EL PACIFISMO AMERICANO.

Por ADOLFO BERRO GARCÍA,

Profesor de la Universidad de Montevideo, Uruguay.

RESEÑA HISTÓRICA DE LA CUESTIÓN DE LÍMITES.

Apenas descubierto el nuevo mundo por el esfuerzo audaz de Cristóbal Colón, las dos grandes potencias coloniales de aquella época, España y Portugal, lanzaron sus aspiraciones dominadores hacia las nuevas tierras descubiertas.

Fué el Papa Alejandro VI el que dictó en mayo de 1493 la primera demarcación de fronteras, fijando de una manera convencional, por una línea imaginaria, los límites que debían separar las posesiones que corresponderían a ambas coronas.

El Rey Juan Segundo de Portugal obtuvo en 1494 un nuevo delineamiento. Por el Tratado de Torrecillas, la línea imaginaria se trazaba a 370 leguas hacia el oeste de las Islas Azores. A España correspondía la parte situada el oeste de la línea y a Portugal la del este. El descubrimiento en 1500 de las costas del Brasil por Álvarez Cabral intensificó la lucha por la posesión de las tierras americanas que venían persiguiendo España y Portugal. Se trazaron mapas en los que la imperfección de los datos existentes, permitía la adulteración de los mismos a fin de asegurar los deseos de conquista manifestados por la corte portuguesa. Mientras continuaba la colonización de los nuevos territorios, las disputas sobre la línea que separaba las posesiones hispano-lusitanas se hacían más y más frecuentes.

En 1679 el Gobernador de Río de Janeiro, Manuel Lobos organizó la expedición que, marchando en dirección al Río de la Plata y entrando río adentro, fundó sobre la margen septentrional del estuario la Colonia del Sacramento, el 20 de enero de 1680.

Esta ocupación por los portugueses de una porción del territorio frente a Buenos Aires y en pleno Río de la Plata, levantó la protesta de las autoridades españolas, la que fué trasmitida a las Cortes Lusitanas. En 1687 se firmó un convenio por el que Portugal retenía la Colonia en calidad de préstamo. En 1701, España cedía la colonia a Portugal, cesión que quedó sin efecto poco más tarde, pero Portugal siguió siempre reteniendo la colonia. El Gobernador de Buenos Aires, Antonio Valdéz Inclán, obligó a los portugueses a abandonar la plaza tomándola a viva fuerza. El Tratado de Utrecht de 1715 declaró que la colonia del Sacramento debía volver a poder de Portugal.

En 1723 llegaron los portugueses a la península de Montevideo y la fortificaron, pero en 1724 fueron obligados a evacuarla, fundando Zabala, en 1726, la ciudad de Montevideo.

La celebración del Tratado de Madrid de 13 de enero de 1750 entre las coronas de España y Portugal, determinó el primer convenio sobre límites entre las posesiones de los dos países. La colonia del Sacramento fué devuelta a España, pero las misiones orientales, que ocupaban parte de lo que es hoy el Estado de Rio Grande do Sul, pasaban a poder de los portugueses.

La consecuencia inmediata de este tratado, fué la rebelión de los pueblos guaraníticos fundados por los padres jesuítas en las misiones orientales, los que decidieron oponerse por las armas a la dominación portuguesa, debiendo ser reducidos por la fuerza de los ejércitos de España y Portugal unidos.

La demarcación de límites no pudo llevarse a cabo por los graves errores y las notorias deficiencias de los límites señalados. La convención del Pardo de 1761 declaró nulo el tratado de Madrid.

El primero de octubre de 1777 se firmó el tratado que se denominó de San Ildefonso. Las misiones orientales eran devueltas por él al dominio español, juntamente con la colonia del Sacramento. La demarcación fué difícil y ardua y dió lugar a prolongados debates sobre el terreno. Desde esa época los portugueses comenzaron a ocupar las regiones en litigio, avanzando mas allá de los límites fijados por el tratado de Madrid, llegando su ocupación en 1801 hasta los ríos Cuareim, Yaguarón y Chuy.

Celebrada la paz de Badajoz en 1804, se conviene en la devolución de los territorios de las Misiones a España, pero los portugueses basándose en los derechos que emergían de la ocupación, continuaron en posesión de los nuevos territorios.

En esa misma época y en vista de estas dificultades, se convino en la realización de un statu quo que mantuviera hasta la resolución definitiva, los límites provisionales fijados por la ocupación lusitana.

Un nuevo armisticio, el de 1813, fija las fronteras respectivas de las colonias, estableciendo la línea del Cuareim y del Yaguarón. Más tarde, producida la invasión portuguesa en el Uruguay y el sometimiento de la Banda Oriental del Plata, el territorio que forma el Uruguay fué anexado a Portugal bajo la denominación de "Estado Cisplatino." (Acta de Incorporación, año 1821.)

La revolución iniciada por los 33 Orientales al mando de Lavalleja, contra la dominación extranjera, trajo como consecuencia la declaratoria de independencia en la Florida el 25 de agosto de 1825.

En el acta de independencia no se hizo mención de los límites del Estado Oriental, siguiendo la diplomacia brasileña ahora, pues el Brasil había obtenido ya su segregación del Reino de Portugal, alegando los derechos emanados del utti possidetis para fijar los límites de los nuevos países en la línea del Cuareim y el Yaguarón.

LA DIPLOMACIA BRASILEÑO-URUGUAYA.

El Río Yaguarón y la Laguna Merim habían quedado bajo el dominio exclusivo del Brasil de acuerdo con las bases del utti possidetis.

En 1845 el Gobierno uruguayo encomienda a su ministro en Río de Janeiro, Dr. Santiago Vásquez, la misión de obtener una declaración del Gobierno brasileño sobre el uso común para ambas naciones de la Laguna Merim y el Yaguarón, no alcanzándose resultado alguno.

En 1851, el Dr. Lamas firma con el Brasil el tratado de límites uruguayo-brasileño por el que la Laguna Merim y el Río Yaguarón quedaban bajo la soberanía exclusiva del Brasil, aceptándose el principio del utti possidetis, No obstante este tratado, aprobado por ambas naciones, el Gobierno uruguayo gestionó en distintas épocas la modificación de aquel en lo referente al dominio de las aguas del Yaguarón y Laguna Merim. (En 1856, 1866, 1878, 1887, 1890 y 1895.)

EL CONDOMINIO DE LAS AGUAS.

En 1907 el ministro del Uruguay acreditado ante los Estados Unidos del Brasil, el distinguido diplomático y jurisconsulto Dr. Carlos María de Pena, gestionó ante el eminente Canciller Brasileño Baron de Río Branco la declaración que se venía persiguiendo por la diplomacia uruguaya desde muchos años atrás.

En noviembre de 1909 se firmó el tratado definitivo sobre esa debatida cuestión. El Brasil, renunciando a los derechos que le concedían tratados válida y legalmente celebrados, cedía al Uruguay el condominio de las aguas fronterizas del Río Yaguarón y de la Laguna Merim, quedando estas aguas bajo los principios comunmente aceptados en derecho internacional, en materia de jurisdicción de las aguas limítrofes.

Para señalar los nuevos límites establecidos, se designaron por ambos gobiernos comisiones especiales demarcadoras, las que se pusieron enseguida a trabajar sobre el terreno. La demarcación terminó en 1914, celebrándose la conclusión de los trabajos y la colocación de los marcos divisorios con grandes fiestas internacionales, a las que concurrió personalmente el sucesor de Río Branco en la Cancillería Brasileña, Dr. Lauro Müller, y el Presidente actual del Uruguay, Dr. Feliciano Viera. Las demostraciones continuaron en la Capital del Uruguay, en Montevideo, donde fué ovacionado el Canciller Brasileño y aclamado el nombre de Brasil, durante los días en que se realizaron las fiestas de confraternización.

SIGNIFICACIÓN DEL TRATADO DE 1909.

La importancia fundamental, que para la causa del pacifismo americano, tiene la realización del tratado de 1909 entre el Brasil y el Uruguay, es indiscutible bajo diversos puntos de vista.

1. Desde el punto de vista de la diplomacia americana, una de las más grandes naciones del Continente, los Estados Unidos del Brasil, dirige la acción de su diplomacia hacia rumbos bien netos y definidos de justicia y de fraternidad internacionales.

Si bajo el Gobierno del Imperio, pudieron las naciones sudamericanas, limítrofes del Brasil, recelar de la política brasileña clasificada de absorbente, aunque había pruebas evidentes de que esa política internacional era en sus lineamientos generales realmente desinteresada y pacífica, es indiscutible que bajo la acción de la República, el Brasil ha puesto de relieve en múltiples ocasiones sus deseos bien definidos de luchar siempre por la causa sagrada de la paz de América. Teniendo presente, porque es una verdad científica reconocida

en derecho internacional que las grandes potencias continentales marcan el rumbo a seguir e impulsan en uno u otro sentido la caravana de las nacionalidades en su marcha constante hacia el perfeccionamiento y el progreso,—no puede menos que establecerse que la tendencia marcada en su grado más resaltante, ante la celebración del tratado de 1909, por el Brasil—determina y señala con nitidez meridiana, la acción fecunda y justa de su diplomacia en los comienzos del siglo XX.

2. Desde el punto de vista de la personalidad colectiva de las naciones, el tratado de 1909 significa el reconocimiento categórico e incuestionable de la igualdad de las nacionalidades, sean cuales fueren sus fuerzas militares, económicas o políticas.

Es un principio reconocido en materia de derecho internacional que las naciones, como los individuos que forman una sociedad política cualquiera, deben gozar idénticos derecho, tener la misma facultad de alcanzar sus destinos en una forma igual a la de los demás.

El reconocimiento de los derechos reclamados por el Uruguay en la cuestión relativa a la jurisdicción de las aguas limítrofes del Río Yaguarón y la Laguna Merim, hecho por el Brasil a pesar de haber sido resuelta ya la cuestión por tratados válidamente celebrados, constituye la aplicación más concluyente del principio referido de la igualdad de las naciones dentro de la comunidad internacional, principio que debe siempre respetarse sin tener en cuenta la distinta importancia y las diversas fuerzas económicas y políticas de las nacionalidades.

3. El tratado de 1909 importa además el concepto pleno de la justicia internacional, realizado por una gran potencia, al reconocer directa y voluntariamente los derechos que corresponden en virtud de los principios del internacionalismo a las pequeñas y débiles naciones.

En este sentido el tratado de 1909 puede servir de ejemplo y de norma jurídica internacional, al señalar a la faz del mundo, el acto voluntario inspirado en un alto deseo de justicia, de una gran potencia reconociendo los derechos de una pequeña, y mostrando así su acatamiento, apesar de su fuerza material incontrastable, a los principios inconcusos y fundamentos del derecho internacional. Las naciones fuertes han cedido a veces en sus pretensiones ante las decisiones arbitrales, pero es menester hacer resaltar el ejemplo fecundo y noble de una gran nación que reconoce espontáneamente los derechos reclamados por una pequeña nacionalidad.

4. Desde el punto de vista del porvenir de América, el Tratado Brasileño-Uruguayo de 1909 señala el verdadero camino al pacifismo americano y hace surgir la esperanza fundada en la solución amistosa de todas las cuestiones en litigio que existen o puedan existir más tarde entre las naciones del continente.

Nada más significativo, más expresivo, más concluyente que el tratado de 1909. Él quedará marcando un rumbo definido en el amplio horizonte americano y todas las tentativas de acercamiento, todos los actos de solidaridad, todos los gestos de confraternidad, todos los impulsos fecundos y desinteresados del pacifismo deberán buscar en él ejemplo vigorizante de sus nobles aspiraciones, fuerza decisiva para sus fines altruistas y bandera protectora para alcanzar a su sombra el ideal de paz y fraternidad perseguido.

CONCLUSIONES.

Significando el tratado de 1909 celebrado entre los Estados Unidos del Brasil y la República Oriental del Uruguay, sobre rectificación de fronteras en las aguas limítrofes del Río Yaguarón y la Laguna Merim, fronteras que han quedado demarcadas definitivamente en 1914, un acto de trascendental im-

portancia para el desenvolvimiento del pacifismo americano y para la adopción de soluciones amistosas entre los distintos países del continente, como medio de zanjar sus diferencias internacionales, debe otorgarse un aplauso a las dos naciones que han proporcionado un tan alto ejemplo de acatamiento espontáneo a los principios del derecho internacional y resuelto la cuestión litigiosa existente entre ellas directamente, ante el solo fallo de la razón y de la justicia.

EL DÍA DE AMÉRICA.

Por ADOLFO BERRO GARCÍA,
Profesor de la Universidad de Montevideo, Uruguay.

Las relaciones entre los distintos países que forman la América han entrado en una fase de franca y evidente cordialidad. Las naciones americanas, comprendiendo que su destino es común y que el porvenir de todas ellas está perfectamente ligado, se acercan hoy las unas a las otras y buscan fundir todos los esfuerzos, todas las actividades, todas las aspiraciones en un solo haz, que asegure, en un futuro próximo, su perfeccionamiento y su felicidad.

La fraternidad americana es hoy un hecho, no ya una simple aspiración. Pero ese hecho debe mantenerse—a pesar de todos los obstáculos y todas las desavenencias que pudieran surgir en un momento dado—mediante la consolidación definitiva y estable de los lazos comunes de amistad y la más amplia comprensión del concepto de la fraternidad continental.

A ese fin, nada más práctico y hermoso que unir en la conmemoración fecunda de los fastos gloriosos de la gran epopeya americana a todas las naciones que se extienden en el solar inmenso que cortan al sur los sinuosos canales magallánicos y cubren al septentrión los hielos de los llanos canadienses.

Y esa fecha está señalada ya. El 12 de octubre de 1492 lució por primera vez, gracias a la voluntad indomable, y al genio preciso de Colón, la estrella del nuevo continente. Pues ese día, año tras año, la América entera, como si un soplo de fraternidad y amor borrara los marcos fronterizos, debe unirse en un solo sentimiento de solidaridad, conmemorando el día glorioso en que surgió a la vida fecunda del trabajo, la tierra virgen del mundo nuevo.

Cuatro repúblicas del continente han fijado ya como fiesta nacional, el 12 de octubre. Surgió la idea de un pedido formulado ante los gobiernos americanos por el Gobierno de la República Dominicana. El Brasil, el Paraguay, el Uruguay y la República Dominicana han adoptado la gran fecha americana. Es necesario que todos los países contribuyan a realizar este homenaje y demuestren así que sobre todas las aspiraciones, sobre todos los intereses nacionales está encendido siempre ante el altar de América, el fuego sagrado de la fraternidad continental.

CONCLUSIÓN.

Debe propenderse a que todos los países de la América declaren fiesta nacional el día 12 de octubre a fin de que todos los americanos puedan unirse en el " Día de América " en una sola aspiración y en un solo sentimiento de fraternidad y de paz.

Adjournment sine die of Section VI.

O



